Heinz Stöckel

Gesetzesumgehung

13 Strafrecht
Strafverfahren
Kriminologie

1961

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535725_0032

Strafrecht
Strafverfahren
Kriminologie

Band 13

Herausgegeben von
Senatspräsident Prof. Dr. Heinitz
und Prof. Dr. Kielwein

Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht

von Dr. Heinz Stöckel
wissenschaftlicher Assistent
Universität Erlangen-Nürnberg

Luchterhand

1966 M 104

© 1966 by Hermann Luchterhand Verlag GmbH,
Neuwied und Berlin
Alle Rechte vorbehalten
Gesamtherstellung: Neuwieder Verlagsgesellschaft
Neuwied März 1966

D 29

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis XII

Abkürzungsverzeichnis XIX

Einleitung 1

Einführung in die Problemstellung 4

Erster Hauptteil Begriffliche und rechtstheoretische Grundlagen

1. Abschnitt
Der strafrechtliche Begriff der Gesetzesumgehung 9

§ 1 Deduktive begriffliche Umschreibung 9
I. Der Begriff der Gesetzesumgehung im allgemeinen 9

II. Das gesetzesumgehende Verhalten 10
1. Zivilrechtliche Begriffsbestimmungen 10
2. Öffentlichrechtliche Begriffsbestimmungen 10
3. Strafrechtliche Begriffsbestimmungen 11
a) Objektive Bestandteile 12
b) Subjektive Bestandteile 15

§ 2 Induktive Überprüfung des Umgehungsbegriffs 18
I. Die Problemfälle 19
1. Fälle auf Tatbestandsebene 19
2. Fälle auf Rechtswidrigkeitsebene 20
3. Fälle auf Schuldebene 20
4. Fälle auf der Ebene des Strafanwendungsrechts 20
5. Umgehungsfälle bei Gerichten 20

II. Analyse der Problemfälle 21
1. Objektive Gemeinsamkeiten 21
2. Subjektive Gemeinsamkeiten 26
3. Besonderheiten beim Umgehungsverhalten von Gerichten 28

§ 3 Sinn und Inhalt des Umgehungsgedankens 29
I. Der Sinngehalt des Umgehungsgedankens 29

II. Die Sanktion der Gesetzesumgehung 30
1. Deduktive Ermittlung 30
a) Die Lösungen in anderen Rechtsgebieten 30
b) Auswertung für das Strafrecht 32
2. Induktive Überprüfung 34
3. Die Sanktion gerichtlicher Umgehungen 35

2. Abschnitt
Kriminalpolitische und rechtstheoretische Rechtfertigung der Umgehungsbekämpfung 36

§ 4 Die kriminalpolitische Gefährlichkeit der Gesetzesumgehung 36
I. Zahl und Bereich der Umgehungstaten 37

II. Kriminalpolitische Probleme der Gesetzesumgehung 38
1. Im Hinblick auf den gesetzestreuen Bürger 38
2. In bezug auf den Umgehungstäter 40
3. Hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Strafrechtsordnung 40

§ 5 Der rechtsphilosophische Hintergrund der Umgehungsbekämpfung 41
I. Gesetzesumgehung und Sinn der Strafe 41
1. Die Strafwürdigkeit der Gesetzesumgehung 42
2. Die Schutzbedürftigkeit der Rechtsordnung 43
3. Umgehungsbekämpfung und Moralisierung des Rechts 44

II. Gesetzesumgehung und Bestandskraft der Rechtsordnung 44

III. Gesetzesumgehung und Gerechtigkeitsprinzip 45
1. Umgehungsverhalten als materielles Unrecht 45
2. Straflosigkeit der Gesetzesumgehung als formelle Ungleichheit 46

3. Abschnitt
Möglichkeiten rechtsstaatlicher Umgehungsbekämpfung 48

§ 6 Das unumgehbare Strafgesetz 48
I. Das kasuistisch umfassende Strafgesetz 48

II. Das generalklauselartig umfassende Strafgesetz 49

§ 7 Umgehungsinstitut und Umgehungsgesetz 50
I. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung 50

II. Das Umgehungsstrafgesetz 51
1. Das Wesen des Umgehungsstrafgesetzes 51
2. Vergleich mit dem Rechtsinstitut 52
3. Vergleich mit dem unumgehbaren Strafgesetz 52

Zweiter Hauptteil Entwicklung und heutiger Stand des Umgehungsgedankens

§ 8 Rechtsquellengeschichte 55
I. Geschichte der Umgehungsstrafgesetze 55
1. Die Zeit bis 1933 55
2. Das nationalsozialistische Strafrecht 56

II. Positive Anhaltspunkte im geltenden Recht 58
§ 9 Dogmengeschichte 60
I. Die Entwicklung der Lehre von der Gesetzesumgehung 60
1. Die Zeit vor 1918 60
a) Das internationale Strafrecht 60
b) Das materielle Strafrecht 61
2. Die Zeit nach dem 1. Weltkrieg 63
a) Monographien zum Umgehungsgrundsatz 63
b) Äußerungen in der Rechtsprechung 64
3. Die nationalsozialistische Zeit 65
a) Das internationale Strafrecht 65
b) Das materielle Strafrecht 67

II. Der heutige Stand der Lehre von der Gesetzesumgehung 69
1. Die Stellungnahmen der Literatur 69
2. Rechtsprechung zur Gesetzesumgehung 71
3. Gesetzesumgehung im Strafverfahren 71

Dritter Hauptteil Dogmatik des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung

1. Abschnitt
Die Stellung des Instituts im Normensystem 75

§ 10 Die dogmatische Funktion des Instituts 75
I. Allgemeines 75
1. Die Wirkung auf Tatbestandsebene 76

2. Die Wirkung auf Rechtswidrigkeitsebene 78
3. Die Wirkung auf Schuldebene 78
4. Der Bereich des Strafanwendungsrechts 79
5. Die Wirkung bezüglich Umgehungsmaßnahmen von Gerichten 81

II. Irrtumsprobleme 81
1. Echte Irrtumsfälle 81
2. Fragen der falschen rechtlichen Subsumtion 82

§ 11 Gesetzesumgehendes Verhalten und umgangene Norm 83
I. Die Auslegungsgrenze der umgangenen Norm 83
1. Die möglichen Grenzen teleologischer Auslegung 84
2. Die Bestimmung der für das Strafrecht gültigen Auslegungsgrenzen 84

II. Gesetzesumgehung und Auslegungsbereich der umgangenen Norm 86
1. Theoretische Ableitung 86
a) Scheinbare Gesetzesumgehung als Handeln im Auslegungsbereich der umgangenen Norm 86
b) Echte Gesetzesumgehung als Überschreitung der Auslegungsgrenzen der umgangenen Norm 87
c) Besonderheiten bei der Umgehung von strafausschließenden Normen 88
2. Die Beurteilung des Verhältnisses in Schrifttum und Rechtsprechung 88

§ 12 Gesetzesumgehendes Verhalten und Umgehungsnorm 90
I. Der Begriff der Umgehungsnorm 90

II. Gesetzesumgehendes Verhalten als Mißbrauch der Umgehungsnorm 92
1. Die Problemstellung 92
2. Begriff und Wesen des Rechtsmißbrauchs 93
3. Die Anwendung des Mißbrauchsgedankens auf das gesetzesumgehende Verhalten 93

2. Abschnitt
Die rechtliche Zulässigkeit des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung 95

§ 13 Allgemeine theoretische Grundlagen 95
I. Gesetzesumgehung und Gesetzeslücke 96

1. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung als Mittel zur Ausfüllung von Gesetzeslücken 96
2. Die Zulässigkeit der Lückenausfüllung im Strafrecht 96

II. Gesetzesumgehung und Analogieverbot 98
1. Das Wesen des Analogieverbots 98
2. Gesetzesumgehung als Analogieverfahren 99
a) Analyse des Schlußverfahrens der Analogie 99
b) Analyse des Schlußverfahrens des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung 100
c) Vergleich und Ergebnis 101

III. Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch 102
1. Die Verwirkung des Rechtsschutzes als Folge rechtsmißbräuchlichen Verhaltens 102
2. Das Analogieverbot als unverwirkbares Schutzprinzip 103

§ 14 Die Auswertung der gewonnenen Ergebnisse 104
I. Die Lösung der Fälle 104
1. Gesetzesumgehung auf der Ebene von Rechtswidrigkeit und Schuld 104
2. Gesetzesumgehung auf Tatbestandsebene 105
a) Der allgemeine Lösungsgrundsatz 105
b) Beurteilung der in Schrifttum und Rechtsprechung gegebenen Lösungen 108
3. Gesetzesumgehung auf der Ebene des Strafanwendungsrechts 109
4. Gesetzesumgehendes Verhalten von Gerichten 111

II. Der Wert des Rechtsinstituts 112

Vierter Hauptteil Dogmatik des Umgehungsgesetzes 115

1. Abschnitt
Struktur und Wesen der Umgehungsgesetze 117

§ 15 Die Stellung der Umgehungsgesetze im Normensystem 117
I. Die Arten der Umgehungsstrafgesetze 117
1. Das Wesen des Umgehungsstrafgesetzes 117
2. Spezialumgehungsklauseln und Generalumgehungsnormen 118

II. Die Funktion der Umgehungsstrafgesetze 120

§ 16 Die Struktur der Umgehungsgesetze 121

I. Grundformen und Varianten des Umgehungstatbestands 121
1. Die gesetzestechnische Grundform 121
2. Erweiterungen und Einschränkungen durch die gesetzgeberische Praxis 122
3. Bewertung der gebräuchlichen Formen des Umgehungsstrafgesetzes 123

II. Verschleierte Umgehungsstrafgesetze 124

§ 17 Die Deliktsvoraussetzungen der Umgehungsstraftat 126
I. Objektiver und subjektiver Tatbestand 126
1. Die Merkmale des objektiven Tatbestands 126
2. Der subjektive Tatbestand, Irrtumsfragen 128

II. Die Rechtsnatur des Tatbestandsmerkmals »umgehen« 130

1. Das Umgehungsstrafgesetz als Generalklausel 130
2. Das Umgehungsstrafgesetz als Analogienorm 131
3. Das Umgehungsstrafgesetz als Blankettstrafgesetz 133

2. Abschnitt
Die Zulässigkeit der Umgehungsstrafgesetze 135

§ 18 Umgehungsstrafgesetz und Bestimmtheitsgrundsatz 136
I. Wesen und Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes 136
1. Die geschichtliche Entwicklung 136
2. Der heutige rechtliche Inhalt 136
3. Die Rechtsfolge des unbestimmten Gesetzes 138

II. Die Grenze der Unbestimmtheit 138
1. Die Evidenz der Unbestimmtheit als generelles Kriterium 139
2. Die Verwendbarkeit elastischer Begriffe im Strafrecht 140

III. Ergebnis 141
1. Die Gültigkeit von Umgehungsstrafnormen ohne begriffliche Ausfüllung durch den Gesetzgeber 141
2. Die Gültigkeit von Umgehungsstrafnormen mit begrifflicher Umgrenzung durch den Gesetzgeber 141

§ 19 Umgehungsstrafgesetz und Analogieverbot 142
I. Das Umgehungsstrafgesetz als Analogienorm 142
1. Ad-hoc zugelassene Analogie als Inhalt des Umgehungsstrafgesetzes 142

2. Die Zulässigkeitsproblematik der ad-hoc-Analogie 142
a) Unter dem Gesichtspunkt der »Umgehung des Analogieverbots« 144
b) Unter dem Gesichtspunkt der Normenkollision 144

II. Die Lösung der Normenkollision 144
1. Die Lösungsvorschläge bezüglich verschleierter Umgehungsstrafgesetze 145
2. Die Anwendung dieser Gedanken auf echte Umgehungsstrafgesetze 146
a) Gültigkeit hinsichtlich § 2 StGB 146
b) Gültigkeit hinsichtlich Art. 103 Abs. II GG 146

III. Ergebnis 147
1. Die Gültigkeit bestehender Umgehungsstrafgesetze 147
2. Folgerungen für den Entwurf und die zukünftige Gesetzgebung 148

Schlußbetrachtung 149

v. Bar, Ludwig	Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I, Berlin, 1906. Zit.: v. Bar
Barthelmeß, Adolf	Das Handeln in fraudem legis, Diss., Berlin, 1889. Zit.: Barthelmeß.
Baumann, Jürgen	Strafrecht, A. T., 3. Auflage, Bielefeld, 1964. Zit.: Baumann, A. T.
–	Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, S. 394. Zit.: Baumann, MDR 1958.
Becker, Enno	Reichsabgabenordnung, Kommentar, 7. Auflage, Berlin, 1930. Zit.: Becker.
Beling, Ernst	Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen, 1930. Zit.: Beling.
Bertram, Helene	Gesetzesumgehung im Internationalen Privatrecht, Bonn, 1928. Zit.: Bertram.
Boldt	Die richterliche Rechtsschöpfung im Lichte der Rechtsprechung. Gesellschaft für Deutsches Strafrecht, Bd. 1939. Zit.: Boldt.
Bruns, Hans-Jürgen	Venire contra factum proprium im Strafrecht? JZ 1956, S. 147. Zit.: Bruns.
–	Über strafrichterliche Auflagen. GA 1959, S. 193. Zit.: Bruns, GA 1959.
Class, Wilhelm	Generalklausel im Strafrecht. Festschrift für Eb. Schmidt, Göttingen, 1961. Zit.: Class.
Desbois, Henri	La nation de la fraude à la lois et la Jurisprudence Française. Thèse, Paris, 1927. Zit.: Desbois.
Diller, Georg	Rechtsmißbrauch, in Staatslexikon, Freiburg 1961. Zit.: Diller.
Drost, Heinrich	Das Ermessen des Strafrichters, Berlin, 1930.

Zit.: Drost.

– Das Ermessen des Strafrichters als Rechtsproblem. NJW 1955, S. 1255.
Zit.: Drost, NJW 1955.

Endemann, Wilhelm Besprechung von Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, Zürich, 1917. JW 1918, S. 409.
Zit.: Endemann.

Erbs-Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze. Loseblattsammlung, München, 1964.
Zit.: Erbs-Kohlhaas.

Esser, Josef Schuldrecht, Karlsruhe, 1961.
Zit.: Esser.

Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 8. Auflage, München, 1961.
Zit.: Forsthoff.

Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen, 1931, dazu Nachtrag 1936.
Zit.: Frank.

Friedrichs, Karl Umgehung, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VI, 1929, S. 129.
Zit.: Friedrichs.

v. Gamm, Otto-Friedrich Die Gesetzesumgehung. WRP 1961, S. 259.
Zit.: v. Gamm.

v. Gleispach, Wenzel Richterliche Rechtsschöpfung oder »nullum crimen sine lege«? ZAkDR, 1936, S. 267.
Zit.: v. Gleispach.

Greif, Wolfgang Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, München, 1961.
Zit.: Greif.

Gütt-Lindner-Maßfeller Kommentar zu den Rassenschutzgesetzen, 1935.
Zit.: Gütt-Lindner-Maßfeller.

Hafter, Ernst Lücken im Strafgesetzbuch. SchwZStr. 62, S. 134.
Zit.: Hafter.

Hartenstein Devisennotrecht, Berlin, 1935.
Zit.: Hartenstein.

Heck, Philipp Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen, 1914.
Zit.: Heck.

Hegler, August Prinzipien des internationalen Strafrechts, Breslau, 1906. StrafrAbh Heft 67.
Zit.: Hegler.

Hensel, Albert Zur Dogmatik des Begriffs »Steuerumgehung«, in Festgabe für Zitelmann, Bonn, 1923, S. 217.

Zit.: Hensel.

– Steuerrecht, Berlin, 1933.
Zit.: Hensel, Steuerrecht.

Hübner Anmerkung zu BGH 14, 55, in Lindemaier-Möhring Nr. 4 zu § 38 GWB.
Zit.: Hübner.

Hübschmann-Hepp-Spitaler Kommentar zur Reichsabgabenordnung, Loseblattsammlung, Köln, 1952.
Zit.: Hübschmann-Hepp-Spitaler.

Jagusch, Heinrich Kommentierung zu § 2 StGB, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Auflage, 1957.
Zit.: Jagusch in LK.

Jescheck, Hans-Heinrich Besprechung von Sax, Das strafrechtliche Analogieverbot, MDR 1954, S. 383.
Zit.: Jescheck.

Köhler Anmerkung zu RG JW 1918, S. 451. JW 1918, S. 451.
Zit.: Köhler.

Kohlrausch, Eduard Rasseverrat im Ausland. ZAkDR 1938, S. 335.
Zit.: Kohlrausch, ZAkDR 1938.

– Die Strafbarkeit der Umgehung des Blutschutzgesetzes. ZAkDR 1941, S. 185.
Zit.: Kohlrausch, ZAkDR 1941.

– Strafgesetzbuch, 37. Auflage, 1941, 38. Auflage, 1944.
Zit.: Kohlrausch, StGB.

Kottke Steuerersparung, Steuerumgehung, Steuerhinterziehung, Freiburg, 1961.
Zit.: Kottke.

Kraner Die Strafbarkeit von Gesetzesumgehungen durch Verlegung des Tatorts in das Ausland. DStR 1938, S. 175.
Zit.: Kraner.

Krebs, Theodor Verkehrsrecht und Verkehrswirtschaft, Berlin, 1960.
Zit.: Krebs.

Lange Die Steuerumgehung. DStZ 1939, S. 673.
Zit.: Lange, DStZ.

Lange, Richard Die grundsätzliche Bedeutung der neuen Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafrechts. DStR 1941, S. 16.
Zit.: Lange.

Ligeropuolo, Alexandre Le Problème de la fraude à la lois Thèse Aix-

	Marseille, 1928. Zit.: Ligeropuolo.
Maday, Denis	Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht, Bern, 1941. Zit.: Maday.
Mannheim, Herrmann	Criminal Justice and Social Reconstruction, London, 1946. Zit.: Mannheim.
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar in Loseblattausgabe, München, 1963. Zit.: Maunz-Dürig.
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 12. Auflage, München, 1963. Zit.: Maunz.
Maurach, Reinhard	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Karlsruhe, 1965. Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe, 1964. Zit.: Maurach, AT bzw. BT.
–	Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, S. 373. Zit.: Maurach, JuS 1961.
Mayer, Hellmuth	Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, München, 1926. Zit.: Mayer, Untreue.
–	Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1 (Gutachten der Strafrechtslehrer), 1954, S. 259. Zit.: Mayer, Gutachten.
Meili, Friedrich	Lehrbuch des Internationalen Strafrechts und Strafprozeßrechts, Zürich, 1910. Zit.: Meili.
Mezger, Edmund	Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Auflage, 1949. Zit.: Mezger, LB.
–	Strafrecht, Ein Studienbuch, Besonderer Teil, 7. Auflage, München, 1960. Zit.: Mezger, StB.
Mittermayer, Wolfgang	Über Analogie im Strafrecht, Schw. Z. f. Str. 63, S. 403. Zit.: Mittermayer.
Ott	Zu den allgemeinen steuerrechtlichen Vorschriften des Steueranpassungsgesetzes, StuW 1935, S. 1134. Zit.: Ott.

Pfaff, Ivo	Zur Lehre vom sogenannten »in fraudem legis agere«, Wien, 1892. Zit.: Pfaff.
Rietzsch, Otto	in Grau-Krug-Rietzsch, Deutsches Strafrecht, Bd. I, Berlin, 1943. Zit.: Rietzsch, Ministerialkommentar.
–	in Rietzsch-Peren-Schneider, Das Strafrecht der Verbrauchsregelung und des Tausch- und Schleichhandels, Berlin, 1942. Zit.: Rietzsch in Rietzsch-Peren-Schneider.
Rittler, Theodor	Freiheit und Gebundenheit des Richters nach dem Schweizer Strafgesetzentwurf, Schw. Z. f. Str. 46, S. 48. Zit.: Rittler.
Rohland, Woldemar v.	Das Internationale Strafrecht, Leipzig, 1877. Zit.: Rohland.
Römer	Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht, Berlin, 1955. Zit.: Römer.
Sax, Walter	Das strafrechtliche Analogieverbot, Göttingen, 1953. Zit.: Sax, Analogieverbot.
–	Grundsätze der Strafrechtspflege, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2, Berlin, 1959. Zit.: Sax, Grundsätze.
Schäfer, Karl	in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1935. Zit.: Schäfer in Gürtner.
Schmidt, Eberhard	Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen, 1950. Zit.: Eb. Schmidt.
–	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung, Teil II, Göttingen, 1957. Zit.: Eb. Schmidt, LK.
–	Probleme der richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1962, S. 401. Zit.: Eb. Schmidt, DRiZ 1962.
Schmitt, Carl	Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg, 1934. Zit.: Carl Schmitt.
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Auflage, München, 1965. Zit.: Schönke-Schröder.

Schröder, Horst	Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag in Verhandlungen des 41. DJT, Bd. I, 2. Halbband, 1955, S. 57. Zit.: Schröder, Gutachten.
Schwander, Vital	Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich, 1952. Zit.: Schwander.
Siebert, Wolfgang	Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin, 1935. Zit.: Siebert.
Siegert, Karl	Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, Göttingen, 1939. Zit.: Siegert.
Strauß	Steuerumgehung und Steuerstrafrecht, JW 1931, S. 275. Zit.: Strauß.
Stree, Walter	Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen, 1960. Zit.: Stree.
–	Zur Problematik des publizistischen Landesverrats, JZ 1963, S. 529. Zit.: Stree, JZ 1963.
Stuckart-Globke	Kommentar zur deutschen Rassengesetzgebung, München, 1935. Zit.: Stuckart-Globke.
Teichmann, Arndt	Die Gesetzesumgehung, Göttingen, 1962. Zit.: Teichmann.
Terstegen, Otto	Steuer-Strafrecht, Köln, 1956. Zit.: Terstegen.
Troeger-Meyer	Steuerstrafrecht, Stuttgart, 1957. Zit.: Troeger-Meyer.
Vetsch, Jakob	Die Umgehung des Gesetzes, Zürich, 1917. Zit.: Vetsch.
Wachinger, Michael	Rechtsschöpferische Rechtsprechung des Reichsgerichts auf materiellstrafrechtlichem Gebiet, in Festschrift für Bumke, Berlin, 1939. Zit.: Wachinger.
Wacke, Gerhard	Vom Kampf gegen die Gesetzesumgehung, ZAkDR 1936, S. 110. Zit.: Wacke.
Wagner	Gesetzgebung – Rechtspflege, Zeitschrift für Wehrrecht, Bd. I, 1936/37, S. 366. Zit.: Wagner.
Walz, Josef	Zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung, Köln, 1938.

Zit.: Walz.

Warda, Günter — Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin, 1955.
Zit.: Warda, Abgrenzung.

– — Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln, 1962.
Zit.: Warda, Ermessen.

v. Weber, Hellmuth — Die Strafbarkeit der zur Umgehung des Gesetzes im Ausland begangenen Tat, GS 114, S. 266.
Zit.: v. Weber.

– — Interlokales Strafrecht, in Festschrift für Kohlrausch, Berlin, 1944.
Zit.: v. Weber, Kohlrauschfestschrift.

Welzel, Hans — Über den substantiellen Begriff des Strafrechts, in Festschrift für Kohlrausch, Berlin, 1944.
Zit.: Welzel, Kohlrauschfestschrift.

– — Das Deutsche Strafrecht, 9. Auflage, Berlin, 1965.
Zit.: Welzel, LB.

Wilke, Helmut — Die Bedeutung des § 2 StGB in Wissenschaft und Rechtsprechung, Strafr. Abhandlungen, Heft 394.
Zit.: Wilke.

Witschel, Heinz — Begriff und Problem der Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsfinanzhofs, Diss. Bonn, 1951.
Zit.: Witschel.

Würdinger — Besprechung von Ligeropuolo, Le problème de la fraude à la loi, KrVJSchr. 62, S. 267.
Zit.: Würdinger.

Abkürzungsverzeichnis

Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlSchG	Blutschutzgesetz
BStBl	Bundessteuerblatt III
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Diss	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht, Wochenausgabe (vereinigt mit Juristische Wochenschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Strafrecht
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E (1962)	Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, Bonn, 1962
EheGesG	Ehegesundheitsgesetz
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GS	Großer Senat
GS	Der Gerichtssaal (Zeitschrift)
GVBl	Bayrisches Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KrVJSchr	Kritische Vierteljahresschrift
LB	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar, StGB
LM	Lindemaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

MRG	Militärregierungsgesetz
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.p.s.l.	nulla poena sine lege
ORA	Oberreichsanwalt
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PrALR	Preußiges Allgemeines Landrecht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrVerwBl	Preußisches Verwaltungsblatt
RAnz	Reichsanzeiger
RAO	Reichsabgabenordnung
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RNVBl	Verkündungsblatt des Reichsnährstandes
RStBl	Reichssteuerblatt
SchwZfStr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StrAbh	Strafrechtliche Abhandlungen
StuW	Steuer und Wirtschaft
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WV	Weimarer Verfassung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Im übrigen sind die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen verwendet.

Einleitung

Die moderne Rechtsentwicklung ist gekennzeichnet durch eine wachsende Verselbständigung einzelner Rechtsgebiete, durch ein Auseinanderbrechen des einheitlichen Rechtsgebäudes in abgeschlossene Teilrechtsbereiche und autarke Sondermaterien. Der tiefere Grund dieser Erscheinung ist wohl, daß nur auf diese Weise die Rechtsordnung der ständig größer werdenden Spezialisierung der Lebensverhältnisse und ihrer zunehmenden Vielfalt und Kompliziertheit gerecht werden kann. Die Folge dieser Entwicklung ist allerdings der Verlust der Rechtseinheit und eine begriffliche und dogmatische Verwirrung des heutigen Rechts. Das einzige wirksame Mittel, unter diesen Umständen eine gewisse Einheitlichkeit zu bewahren oder wenigstens wieder zu finden, wäre ein von der Rechtswissenschaft neu zu schaffender »Allgemeiner Teil des Rechts«. Auf der Grundlage eines so gewonnenen, allen Sondergebieten gemeinsamen Gerüsts ließen sich dann die Fragen nach einer übereinstimmenden Auslegung gleichlautender Begriffe, nach kongruenter Anwendung bestimmter Rechtssätze innerhalb der einzelnen Teilbereiche beantworten, die sich bei der gegenseitigen Durchdringung dieser Bereiche im Rechtsleben ständig stellen.

Zwar wird ein solcher »Allgemeiner Teil des Rechts« wohl Utopie bleiben, Ansätze für eine Vereinheitlichung der zersplitterten Ordnung, für eine wünschenswerte »dogmatische Gleichschaltung«[1] lassen sich aber heute in allen speziellen Materien erkennen. So hat das immer weiter sich verzweigende öffentliche Recht durch die Übernahme einiger grundlegender Institute des bürgerlichen Rechts innerhalb seines eigenen Bereiches und im Verhältnis zur Zivilrechtsordnung eine teilweise gemeinsame dogmatische Basis gewonnen. Ursache dieser Entwicklung ist vor allem die besondere, durch die Funktion der Verwaltung bedingte, normative Form des Verwaltungsrechts[2], das sich diesen Instituten am frühesten und am weitesten geöffnet hat. Kennzeichnend für sie erscheint das Fehlen kodifizierten Rechts sowie die besonders große Bedeutung des Gewohnheitsrechts und allgemeiner Rechtsgrundsätze. Ein dadurch außergewöhnlich erleichterter, ja notwendig gemachter Rückgriff auf das bürgerliche Recht[3] betrifft dabei besonders solche Institute und all-

1 Bruns S. 148.
2 Forsthoff S. 150.
3 Gegen den Widerspruch O. Mayers, Verwaltungsrecht Berlin, 3. Auflage 1924, Bd. 1, S. 117.

gemeinen Rechtsgrundsätze, die Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens und einer gewissen Abkehr vom Positivismus sind.

Wichtigstes Beispiel dieser Art ist der Grundsatz von Treu und Glauben, der als Fundamentalnorm des gesamten Rechtslebens[4] und als Richtschnur für alle Bereiche des öffentlichen Rechts angesehen wird. Aus ihm werden einzelne andere Institute abgeleitet, die ihre erste Ausprägung ebenfalls im Zivilrechtsbereich fanden, so der Gedanke des Rechtsmißbrauchs, etwa bezüglich provozierter behördlicher Eingriffe[5], bei einer Ausnutzung rein formaler Rechtsstellungen[6] durch den Bürger ebenso wie bei Machtmißbrauch einer Behörde[7]; weiter der Grundsatz der Verwirkung bei materiellen Ansprüchen[8] und bei prozessualen Rügen[9].

In diesen Bereich gehört auch der Gedanke einer Bekämpfung der Gesetzesumgehung, der als elementare Forderung der heutigen Rechtsüberzeugung und als dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprechender Grundsatz bezeichnet wird[10]. Er kommt zur Anwendung sowohl auf das Handeln der Verwaltungsbehörden[11], wie auf das Verhalten des Bürgers[12], ebenso auf Vorgänge im Prozeß[13]. Die eigentliche Domäne des Umgehungsgedankens ist dabei das Steuerrecht, das wegen seiner vom einzelnen als besonders einschneidend und drückend empfundenen materiellen Belastungen von jeher einen erheblichen Anreiz zu Versuchen bot, steuerliche Folgen durch geschickt gewählte umgeherische Machenschaften zu vermeiden. Auf diesem Spezialbereich des öffentlichen Rechts hat der Umgehungsgedanke sich auch besonders häufig in Bestimmungen des positiven Rechts[14] niedergeschlagen. Lehre und Rechtsprechung haben sich während der letzten fünfzig Jahre hier eingehend um die dogmatische Bewältigung der Gesetzesumgehung bemüht[15]. Die

4 RGZ 113, 24.

5 BGH DÖV 1953, 255.

6 BGH NJW 1953, 787; BVerfGE 9, 174.

7 OVG Münster Verw Rspr 6, 728.

8 BVerwG DÖV 1958, 218.

9 Hess VGH Verw Rspr 4, 674; BayObLG NJW 1950, 697 in einer bedeutsamen Entscheidung zum Vollstreckungsrecht.

10 PrOVG 78, 370 ff; BFH BStBl 1960 III S. 112.

11 OVG Münster Verw Rspr 6, 728.

12 BayVGHE 59, 147; PrOVG aaO; PrOVG PrVerwBl 37, 731 ff.

13 Für den Zivilprozeß OLG Naumburg ZZP 52, 74.

14 § 5 RAO 1919; § 10 RAO 1931; § 6 StAnpG 1934; weiter §§ 5, 6, 7 GrunderwerbsStG; §§ 3, 5, 6 ZuwachssteuerG u.a.m.

15 Vgl. Lange, Die Steuerumgehung, DStZ 1939, 673; Hensel, Zur Dogmatik des Begriffs Steuerumgehung aaO; Strauß, Steuerumgehung und Steuerstrafrecht, JW 1931, 275; RFH 1, 126, BFH BStBl 1954 III S. 201.

dabei gewonnenen Ergebnisse gelten aber für das ganze allgemeine Verwaltungsrecht[16] und strahlen über diesen Teilbereich hinaus in andere Rechtsgebiete, die gleichgelagerte Probleme lösen müssen.

Auch das Strafrecht, die Gesamtheit derjenigen Rechtsnormen, die an eine menschliche Handlung eine Strafe, Buße oder Sicherungsmaßnahme knüpfen, ist Teil des öffentlichen Rechts, wenn auch mit weitgehender Eigenständigkeit, und bleibt deshalb von dieser bisher skizzierten Entwicklung nicht verschont. Obwohl man noch immer geneigt ist, das Strafrecht wegen seiner besonderen Funktion im staatlichen Leben als »Heiligtum des Positivismus«[17] anzusehen, ist unverkennbar, daß auch in seinen Bereich die erwähnten Institute des bürgerlichen Rechts einzudringen beginnen und einer gewissen Abwendung von positivistischer Einstellung den Weg bahnen, andererseits aber auch die Durchsetzung des für das Strafrecht existentiellen Gerechtigkeitsgedankens erleichtern und fördern. Wegen jenes wesensmäßigen Gegensatzes zu althergebrachten Strafrechtsgrundsätzen geht der Siegeszug solcher aus Treu und Glauben abgeleiteter Gedanken zwar langsamer vor sich als in anderen Rechtsgebieten, scheint aber doch unaufhaltsam zu sein.

So ist der Gedanke des Rechtsmißbrauchs bei der Behandlung von Rechtfertigungsgründen heute fast selbstverständlich geworden[18]. Der Verwirkungsgesichtspunkt spielt vor allem im Strafverfahrensrecht eine erhebliche Rolle[19]. Auch der Begriff Gesetzesumgehung taucht zuweilen in Literatur und Rechtsprechung auf[20]. Dieser letztgenannte Begriff soll hier aus dem ganzen Problemkreis herausgegriffen werden. Ihm als Ausdruck der neuen Entwicklung im Strafrecht im einzelnen nachzuspüren, ist Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

16 Forsthoff S. 161; Becker § 5 RAO Anm. 10.
17 Carl Schmitt S. 61.
18 Vgl. BayObLG NJW 1954, 1378; BGH NJW 1962, 309.
19 Vgl. BGH 10, 278.
20 Vgl. Bruns S. 147 ff.; BGH 14, 55; OLG Hamm VRS 10, 49; OLG Köln NJW 1963, 2136.

Jede Norm, die dem Handeln des einzelnen Grenzen setzt, seine freie Entfaltung beschränkt, sein Wollen behindert, jede Vorschrift, die ihm unbequeme Pflichten auferlegt, Opfer abverlangt, ist in Gefahr, umgangen zu werden. Um seine Ziele ohne die Unbequemlichkeiten, Belastungen und Sanktionen zu erreichen, die eine Norm seinem Vorhaben entgegensetzt, wendet der einzelne all seine Findigkeit und Fähigkeit auf und sucht Umwege, die außerhalb des Normbereiches bleiben oder zu bleiben scheinen, aber doch zu dem Ergebnis führen, das die Norm verhindern will. Die Unerfreulichkeit solcher Umgehungen für den Gesetzgeber steht außer Zweifel. Die Lehre von der Gesetzesumgehung und ihrer Bekämpfung ist deshalb auch grundlegende Aufgabe jeder Rechtsanwendung[1]. Wie groß diese Aufgabe ist, läßt die vielzitierte Bemerkung Iherings[2] erkennen, daß eines der schwierigsten Probleme, die an den Gesetzgeber überhaupt herantreten können, darin bestehe, sein Gesetz gegen Umgehungen sicherzustellen, und daß alle Kunst, die er aufbiete, es zu schützen, derjenigen, die das Leben aufwende, es zu durchlöchern, zu untergraben, zu stürzen, kaum gewachsen sei.

Auch im Bereich des Strafrechts bleibt diese Aufgabe zu lösen. Gerade das Strafrecht, das Sanktionen verhängen kann, die den einzelnen am empfindlichsten treffen, das die Entziehung der Freiheit, ja sogar des Lebens anzuordnen vermag, um bestimmte Handlungen oder Erfolge im Interesse des Schutzes der Gemeinschaft zu verhindern, ist in besonderem Maße dem Versuch ausgesetzt, verbotene Ziele zu erreichen und doch straflos zu bleiben[3]. Um so mehr fällt auf, daß in fast allen Abhandlungen, die sich mit dem Problem der Gesetzesumgehung und ihrer Bekämpfung auseinandersetzen, das Strafrecht entweder völlig ausgespart[4] oder nur ganz kurz und kursorisch abgehandelt wird[5]. Dabei verweist man fast immer auf die besonderen Anwendungsgrundsätze des Strafrechts[6], die Gesetzesumgehung in seinem Bereich ausschlössen

1 Endemann S. 409.

2 Ihering, Geist des Röm. Rechts III, Leipzig 1906, S. 264.

3 Pfaff S. 12 meint sogar, die Strafdrohung übe einen eigenen Reiz aus, das Verbotene doch zu tun, Strafgesetze seien deshalb immer der Umgehung besonders ausgesetzt gewesen.

4 So bei Barthelmeß, Teichmann.

5 Vgl. Vetsch S. 305; Walz S. 32; anders die französische Literatur, vgl. Ligeropuolo S. 327 ff., Desbois S. 77 ff.

6 Maday S. 85.

und eine nähere Erörterung des Problems deshalb überflüssig machten.

Soviel ist richtig, daß das Strafrecht, ebenso wie nach manchen Ansichten das Steuerrecht[7], gegenüber den anderen Rechtsgebieten, in denen Gesetzesumgehung eine Rolle spielt, einen entscheidenden Unterschied aufweist, nämlich das sogenannte Analogieverbot. Dieses formale Grundprinzip des Strafrechts steht daher notwendigerweise im Mittelpunkt der Erörterungen, bleibt aber keineswegs der einzige Aspekt des Problems. Vielmehr schlägt gerade im Strafrechtsbereich das Rechtsgefühl außergewöhnlich stark aus und verlangt besonders eindringlich die Bestrafung des Täters, dem es mit List und Tücke gelungen ist, durch die Maschen des Strafgesetzes zu schlüpfen und trotzdem die Ziele zu erreichen, die dem rechtstreuen, auf geradem Wege gehenden Mitbürger mit Rücksicht auf die Strafdrohung verschlossen bleiben. Auch mit der materiellen Gerechtigkeit, deren Erhaltung und Wiederherstellung oberstes Ziel der Strafrechtspflege sein muß, erscheint die Straflosigkeit des Umgehungstäters kaum vereinbar[8]. Soll schließlich das Strafgesetzbuch, um das bekannte Wort v. Liszts[9] abzuwandeln, zur »magna charta« des Gesetzesumgehers werden?

Neben dem Verhältnis von formalem Analogieverbot und materieller Gerechtigkeit, jedoch eng mit den dabei angeschnittenen Fragen im Zusammenhang, steht als weiteres Problem die Frage nach Wert und Unwert der positivistischen Auffassung im Strafrecht. Die gedankliche Verbindung zwischen dem Grundsatz der Gesetzesumgehung und einer gewissen Abkehr vom Positivismus wurde bereits angedeutet. Hier muß deshalb geklärt werden, wie weit sich das Strafrecht solchen außergesetzlichen Maßstäben öffnen kann und darf, ob also die Zeit des juristischen Positivismus auch im Strafrecht zu Ende geht, wie es Carl Schmitt[10] dem »Kerngebiet liberalrechtsstaatlichen Denkens« schon vor drei Jahrzehnten nachgesagt hat. Denn so gesehen könnte die Idee der Gesetzesumgehung nicht mehr als nur den unerläßlichen Schlußstein einer notwendigen rechtlichen Evolution im Strafrecht setzen.

Besonders für den Fall, daß sich die allgemeine Lehre von der Gesetzesumgehung im Strafrecht nicht als brauchbar erweisen sollte, bleibt weiter zu klären, ob auch der Strafgesetzgeber vor dem Faktum Gesetzesumgehung resignieren und kapitulieren muß, oder welche Wege dann ihm zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung offenbleiben. Vor

7 Hensel S. 246.
8 Ähnlich Bruns S. 147.
9 Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. II S. 80.
10 AaO S. 59.

allem muß untersucht werden, ob Umgehungsgesetze eine rechtlich haltbare Lösung liefern können, d. h. Rechtsnormen, die ausdrücklich die Umgehung einer anderen unter Strafe stellen. Auch hier erweist sich das Analogieverbot als der zentrale Punkt, als das entscheidende Kriterium für die Rechtsgültigkeit solcher Umgehungsnormen.

Neben den bisher angedeuteten Problemen liegt der besondere methodische und theoretische Reiz dieses wie wohl aller Umgehungsthemen in den vielfach auftauchenden Abgrenzungsproblemen[11] zu benachbarten rechtlichen Erscheinungen, zur Auslegung, zur Analogie, zum Rechtsmißbrauch, zum direkten Gesetzesverstoß sowie zum schlichten straflosen Verhalten. Aus der Klärung der rechtlichen Beziehungen im Grenzbereich dieser Institute kann neues Licht auf scheinbar längst befriedigend gelöste Probleme fallen.

Schließlich dringt die Problematik der Gesetzesumgehung noch bis in die Grundfragen von Recht und Moral vor, wie es Ligeropuolo[12] auch für das Strafrecht gültig ausdrückt, wenn er die Bedeutung einer Untersuchung der Gesetzesumgehung zusammenfassend dahin charakterisiert, »que l'étude de la fraude à la loi doit nécessairement mettre en jeu la grosse question de l'interprétation des lois, stricte ou extensive, celle encore plus élevé des rapports du Droit et de la Morale, et enfin celle de la sauvegarde de l'ordre public«.

Die vorliegende Arbeit versucht nun, die bisher skizzenhaft aufgezeigten Probleme der Gesetzesumgehung im Strafrecht in der Form zu bewältigen, daß in einem ersten Teil zunächst eine Begriffsbestimmung der Gesetzesumgehung, insbesondere aber des »gesetzesumgehenden Verhaltens« erstrebt wird. Anschließend geht es darum, die Notwendigkeiten und Möglichkeiten einer Umgehungsbekämpfung mit den Mitteln des Strafrechts zu untersuchen. Ein zweiter, rechtsgeschichtlicher Teil stellt die Aufeinanderfolge von Rechtsquellen und Lehrmeinungen dar, die den Umgehungsgedanken im Strafrecht betreffen, und versucht dann noch, eine Standortmessung für die Gegenwart zu geben. Der dritte und vierte Teil der Arbeit betrifft schließlich jeweils die dogmatische Bewältigung eines der beiden Wege, die sich theoretisch und im geschichtlichen Rückblick als für die Umgehungsbekämpfung geeignet erwiesen haben, nämlich des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung und des Umgehungsstrafgesetzes. Wesen und Struktur dieser Rechtsgebilde, vor allem aber ihre rechtliche Zulässigkeit im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot werden dort behandelt.

11 So Römer S. 8.
12 AaO S. 8.

Erster Hauptteil
Begriffliche und rechtstheoretische Grundlagen

1. Abschnitt
Der strafrechtliche Begriff der Gesetzesumgehung

§ 1 Deduktive begriffliche Umschreibung

Einen wesensmäßig weit gespannten und unpräzisen Begriff wie Gesetzesumgehung für einen Teilrechtsbereich auf deduktivem Wege auch nur annähernd genau zu umreißen, ist eine schwierige, wohl unlösbare Aufgabe[1]. Erst in seiner Erläuterung durch Beispiele, in seiner Anwendung auf Fälle und Fallgruppen, in seiner Begrenzung durch den Ausschluß von Randerscheinungen seines Anwendungsbereichs gewinnt ein solcher verschwommener Begriff an Leben und verschafft damit zugleich seiner abstrakten Definition eine deduktiv unerreichbare wissenschaftliche Schärfe. Der Sinn der folgenden Ausführungen ist es deshalb auch nicht, schon sogleich genau zu sagen, was Gesetzesumgehung im Strafrecht ist, sondern zunächst durch Vergleiche mit anderen Rechtsgebieten eine Art Arbeitsdefinition[2] zu geben, die bewußt noch keinen Anspruch auf Richtigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit erhebt. Erst anhand des Fallmaterials werden dann im folgenden Kapitel die zur Klärung des strafrechtlichen Begriffs der Gesetzesumgehung erforderlichen Modifikationen vorgenommen.

I. Der Begriff Gesetzesumgehung im allgemeinen

Der Begriff Gesetzesumgehung weist im Strafrecht, genau wie in anderen Rechtsgebieten, ein vieldeutiges Gesicht auf. Das Wort »umgehen« wird noch heute – was Endemann schon vor fast fünfzig Jahren mit Bedauern feststellte –[3] in einem sehr weiten und recht unkontrollierten Sinn verwendet, als Verlegenheitsausdruck für alle Arten des Ausweichens gegenüber einer Rechtsnorm oder des Vereitelns einer erwarteten Rechtsfolge. Faßt man Gesetzesumgehung als soziologische Erscheinung auf, als Vorgang des rechtlichen Lebens, so ist eine so weite Umgrenzung unschädlich; in diesem Sinne könnte als Gesetzesumgehung jeder Versuch angesehen werden, sich an Normen des geschriebenen Rechts vor-

1 Ligeropuolo, Répertoire de Droit International 1930, Bd. VIII S. 440.
2 Ligeropuolo aaO spricht von »notion provisoire«.
3 JW 1918 S. 409.

beizuwinden. Gesetzesumgehung als soziologischer Sammelbegriff ist der praktische, lebensmäßige Ausgangspunkt dieser Untersuchung, nicht aber ihr Gegenstand.

Hier handelt es sich vielmehr um den Begriff Gesetzesumgehung im Sinne von »gesetzesumgehendem Verhalten«. Mit einem Blick auf das Handeln des Gesetzesumgehers[4] soll juristisch exakt bestimmt werden, wann dieses Verhalten im Rechtssinne gesetzesumgehender Natur ist[5]. Dieser Begriffsaspekt wird im einzelnen unter II erörtert.

Hauptgegenstand der Untersuchung ist schließlich Gesetzesumgehung als »Rechtsinstitut«. So verstanden macht der Begriff eine Aussage darüber, welche rechtliche Bedeutung einem »gesetzesumgehenden Verhalten« zukommt, welche Rechtsfolge es nach sich zieht. Dazu wird unter § 7 noch einiges gesagt werden.

II. Das gesetzesumgehende Verhalten

1. Die *zivilrechtlichen Begriffsbestimmungen* des gesetzesumgehenden Verhaltens nehmen ihren Ausgangspunkt von der bekannten Digestenstelle D. 1. 3. 1. 29. wonach »in fraudem legis« handelt, wer, ohne den Wortlaut des Gesetzes zu berühren, seinen Sinn umgeht[6]. Die Verletzung des Gesetzessinnes tritt auch heute noch bei manchen Autoren in den Vordergrund[7], andere legen das Schwergewicht darauf, daß ein rechtliches Verhalten durch ein anderes gleichwertiges ersetzt wird[8], die Mehrzahl verbindet den Gesichtspunkt der Zweckvereitelung eines Gesetzes mit dem Gedanken der Tatbestandsveränderung und formuliert den Begriff gesetzesumgehendes Verhalten dahin, daß jemand

> »den Zweck eines Rechtssatzes vereitelt, indem er dessen Tatbestand unter künstlicher Ausnutzung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten vermeidet oder verwirklicht«[9].

2. Ehe aus den bisher angeführten Begriffsbestimmungen Schlüsse für den Bereich des Strafrechts gezogen werden, erscheint es natürlich, einen Blick auf die Definitionen zu werfen, die das *öffentliche Recht*,

4 Im oben dargelegten soziologischen Sinne.

5 Zum Begriff Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Reichsfinanz-

qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.«

6 Die Stelle lautet: »Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.«

7 So etwa bei Bertram S. 10; ähnlich Desbois S. 11.

8 In diesem Sinne z. B. Wacke S. 110.

9 So z. B. Römer S. 19; ähnlich Ligeropuolo S. 60.

insbesondere das Steuerrecht, für das gesetzesumgehende Verhalten entwickelt hat, zumal mit Hensel[10] zuzugeben ist, daß die Modifikationen, welche die fraus legi facta auf öffentlichrechtlichem Gebiet erfährt, noch nicht genügend beachtet und untersucht sind. Dort wird weniger auf den rechtlichen Erfolg eines Handelns, als auf das wirtschaftliche Ergebnis abgestellt, so wenn der BGH in einer § 5 GüKG betreffenden Entscheidung ausführt[11], gesetzesumgehendes Verhalten bestehe darin,

> »daß zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs nicht der den Umständen nach gewöhnliche und zweckmäßige Weg[12], sondern unter Ausnutzung der Vertragsfreiheit ein anderer, den wirtschaftlichen Vorgängen ferner liegender und daher ungewöhnlicher Weg eingeschlagen wird, der an den vom Gesetz angeordneten Rechtsfolgen vorbeiführen soll«.

Diese Definition ist inzwischen von den unteren Instanzen in Entscheidungen auch auf anderen Gebieten des öffentlichen Rechts übernommen worden[13], ebenso von neueren Lehrbüchern[14], so daß man von einer allgemein anerkannten Begriffsbestimmung für den Bereich des materiellen öffentlichen Rechts im engeren Sinne sprechen könnte.

3. Spezifisch *strafrechtliche Begriffsbestimmungen* fehlen bisher fast ganz, so daß ein Rückgriff auf die in den anderen Rechtsgebieten entwickelten Definitionen unumgänglich bleibt. In der vorliegenden strafrechtlichen Literatur finden sich lediglich zwei Stellen, die eine Umschreibung des Begriffs gesetzesumgehendes Verhalten versuchen, beide betreffen aber einen Randbereich des materiellen, nämlich das internationale Strafrecht. Dennoch lassen sich daraus Rückschlüsse für eine generelle, alle Strafrechtsbereiche erfassende Begriffsbestimmung ziehen. In einer das Blutschutzgesetz[15] betreffenden Entscheidung des Reichsgerichts[16] heißt es:

> »Eine Umgehung liegt begrifflich dann vor, wenn die Angeklagten ein Hindernis vermeiden wollen, das ihrer Eheschließung im Inland entgegensteht, und wenn sie als Ort der Eheschließung vorsätzlich das Ausland wählen, um eine Bestrafung im Inlande zu vermeiden.«

10 AaO S. 226.

11 BGHZ NJW 1960 S. 1057.

12 So schon Hensel S. 225:

> »... unter Vermeidung des rechtlichen Tatbestandes, welchen der Gesetzgeber hierfür als üblich im Verkehrsleben angesehen hat.«

13 Vgl. BayObLG VRS 19, 479; OLG Düsseldorf VRS 21, 475; BFH BStBl 1960 III S. 111 ff.; BStBl 1958 III S. 97.

14 Greif PBefG 1961 § 6 Anm. 3; Hartung S. 67.

15 RGBl 1935 I S. 1146.

16 RG 74, 397 ff.

Auf das gleiche Gebiet bezieht sich die Formulierung v. Webers[17]:

»Es muß eine Verlegung des Tatorts aus dem Inland ins Ausland stattgefunden haben. Wäre bei natürlichem Lauf der Dinge die Tat im Inland begangen worden und ist sie nur wegen Bestehens des Strafgesetzes im Ausland ausgeführt, so liegt objektiv eine Gesetzesumgehung vor. Zu diesen objektiven Voraussetzungen ... tritt als subjektive die Absicht der Gesetzesumgehung.«

a) Analysiert man beide Definitionen, so läßt sich zunächst feststellen, daß das von der Zivilrechtsdogmatik herausgestellte Kriterium der Tatbestandsvermeidung[18] in Form der Tatortverlegung sich ausdrücklich bei v. Weber, umschrieben aber auch in der Begriffsbestimmung des RG findet. Denn Tatortverlegung bedeutet ja nichts anderes, als daß die Erfüllung einer im »Tatbestand« einer Anknüpfungsnorm des Strafanwendungsrechts enthaltenen Ortsangabe dadurch vermieden wird, daß die Tat an einen anderen Ort verlegt wird. So setzte beispielsweise § 3 a.F. StGB als Anknüpfungspunkt für die Anwendung deutschen Strafrechts das Staatsgebiet des Deutschen Reiches fest. Verlegte nun ein Täter seine Straftat an einen Ort außerhalb des Reichsgebietes, so vermied er die Erfüllung der objektiven Voraussetzung der Anknüpfungsnorm und blieb deshalb im Regelfall straflos[19]. Auf das materielle Strafrecht im engeren Sinne übertragen bedeutet das so gefundene Kriterium der Tatbestandsvermeidung, daß der Umgehungstäter objektiv eines oder mehrere Merkmale des Tatbestands einer Strafnorm nicht erfüllt[20] und so jedenfalls dem ersten Anschein nach straflos bleiben muß, denn nur derjenige ist nach allgemeinen Regeln strafbar, der den vollen objektiven (und subjektiven) Tatbestand einer Strafnorm erfüllt. Das Ergebnis wird bestätigt durch einen Vergleich mit der öffentlichrechtlichen Definition des BGH[21], denn nur der Weg kann »an den vom Gesetz angeordneten Rechtsfolgen vorbeiführen«, der wenigstens eine tatbestandliche Voraussetzung dieser Rechtsfolge vermeidet.

Nicht jedes tatbestandsvermeidende Verhalten ist aber zugleich eine gesetzesumgehende Handlung. Das ergibt sich für den in den angeführten Definitionen erfaßten Strafrechtsbereich besonders klar aus der Formulierung v. Webers »bei natürlichem Lauf der Dinge«. Die Paral-

17 AaO S. 273, 274.
18 Vgl. Römer S. 19 und oben S. 10.
19 Von den Fällen des § 4 Abs. II a.F. StGB abgesehen.
20 So mit Recht RG JW 1918 S. 451; vgl. auch Hübner Anm. 5.
21 BGHZ NJW 1960 S. 1057.

lele zu den Wendungen »der gewöhnliche und zweckmäßige Weg«[22] bzw. »der übliche rechtliche Tatbestand«[23] im Bereich des sonstigen öffentlichen Rechts ist unübersehbar. Die Tatbestandsvermeidung muß also einen gewissen künstlichen, unnatürlichen Charakter aufweisen. Darin steckt zweierlei, einmal das Moment der Ungewöhnlichkeit, zum anderen der Gedanke des künstlich Geschaffenen, der besonderen Aktivität des Umgehers, der speziell getroffenen Maßnahmen[24]. Der gleiche Gedanke liegt einem Teil der zivilistischen Definitionen zugrunde. So nimmt etwa Ligeropuolo[25] Gesetzesumgehung an für den Fall, »que on crée une situation conforme à la lois«, wenn man also eine gesetzesentsprechende Lage – künstlich – schafft. Aus all den angeführten Bereichen scheint sich also für das Strafrecht als erstes Kriterium der Gesetzesumgehung die künstliche Tatbestandsvermeidung entnehmen zu lassen.

Diese Begriffskombination muß schon an dieser Stelle gegen ein Mißverständnis in Schutz genommen werden, zugleich ist ein neues Kriterium dem bisher gewonnenen anzufügen. »Künstliche Tatbestandsvermeidung« ist nicht so zu verstehen, als ob der natürliche Weg die Tatbestandserfüllung, für das Strafrecht also die Strafbarkeit wäre. Selbstverständlich ist der natürliche Regelfall das straflose Handeln. Der Zweck der Strafrechtsnormen besteht ja wesentlich mit darin, ihre Verletzung und damit die Verletzung ihrer Schutzobjekte zu verhüten[26]. Das Künstliche der gesetzesumgehenden Tatbestandsvermeidung ist deshalb gerade im Hinblick auf den Zweck der einzelnen umgangenen Norm zu sehen. Obwohl gegen diesen Zweck verstoßen wird, was als Regel die Strafe nach sich zieht[27], bleibt der Täter hier künstlich straflos, weil er es verstanden hat, den Tatbestand der betreffenden Norm zu vermeiden. Daß ein solcher Verstoß gegen Sinn und Zweck einer Norm zum Wesen des gesetzesumgehenden Verhaltens gehört, ist den angeführten strafrechtlichen Begriffsbestimmungen ausdrücklich nicht zu entnehmen. Nur mittelbar ergibt sich das daraus, daß es der Zweck der umgangenen Norm war, Eheschließungen im Inland wie im Ausland durch Strafandrohung zu verhindern, um die nationalsoziali-

22 BGHZ aaO.

23 Hensel S. 225, ähnlich BFH BStBl 1960 III S. 111, wo von »unnatürlichen Formen und Gestaltungsmöglichkeiten« die Rede ist.

24 So spricht v. Gamm S. 260 von Umwegen. 25 AaO S. 60.

26 Näher dazu Welzel LB S. 4: »Aufgabe des Strafrechts ist der Schutz der elementaren sozialethischen Gesinnungswerte und erst darin eingeschlossen der Schutz der einzelnen Rechtsgüter.«

27 Sowohl unter Präventionsgesichtspunkten als auch als Sühne.

stische Rassenlehre durchzusetzen[28]. Auch die schon mehrmals erwähnte öffentlichrechtliche Definition enthält diesen Gesichtspunkt der Zweckvereitelung nur sehr undeutlich; man muß aber die umgangene Norm wohl dahin verstehen, daß ihr Zweck darin besteht, alle Wege zum betreffenden wirtschaftlichen Erfolg mit der angeordneten Rechtsfolge zu versehen, so daß auch hier die umgehende Tatbestandsvermeidung zugleich einen Verstoß gegen den Normzweck darstellt[29]. Demgegenüber legt die Zivilrechtsdogmatik deutlich das entscheidende Gewicht auf die Verletzung des Sinns des Gesetzes, wenn sie den Begriff der Gesetzesumgehung bestimmt[30], vernachlässigt darüber teilweise sogar dessen andere Merkmale[31]. Der Gesichtspunkt der Zweckvereitelung liegt also wenigstens mittelbar der begrifflichen Erfassung des gesetzesumgehenden Verhaltens in allen drei Rechtsgebieten als gemeinsames Merkmal des objektiven Tatbestands zugrunde. Dies berechtigt dazu, ihn hier in die vorläufige deduktive Begriffsbestimmung für das Strafrecht als wesentlich aufzunehmen.

Gesetzesumgehendes Verhalten ist also *objektiv* jedes Handeln, das gegen den Sinn einer Strafrechtsnorm verstößt, ihren Tatbestand aber künstlich vermeidet[32]. Von welcher Art diese Strafrechtsnorm sein muß, ist aus den bisher angeführten Äußerungen zum Umgehungsbegriff nicht zu entnehmen. Insbesondere bedarf deshalb noch einer induktiven Klärung an Hand des Fallmaterials, ob für das Strafrecht eine Unterscheidung zwischen der Umgehung einer belastenden und der Erschleichung einer begünstigenden Norm zu machen ist[33], weiter, ob die Gesetzesumgehung in diesem Rechtsbereich auf Zielverbotsnormen begrenzt ist oder auch Wegeverbotsnormen erfassen kann[34], schließlich, wie weit der Unterschied von Gebotsgesetzen und Verbotsgesetzen[35] im Strafrecht möglicherweise eine Rolle spielt.

28 Näher dazu Stuckart-Globke zu § 5 BlSchG und Erläuterungen bei Gütt-Lindner-Maßfeller zu § 5 BlSchG, §§ 3, 4 EheGesG.

29 So für das Steuerrecht Lange DStZ 1939 S. 674.

30 Vgl. oben S. 10.

31 Vgl. etwa Bertram S. 10.

32 Im gleichen Sinne Maday S. 84, aber wohl zu eng, wenn nur von Tatbestandsveränderung die Rede ist.

33 Diese Unterscheidung wollen im zivilistischen Schrifttum fast alle Verfasser treffen, vgl. Vetsch S. 230 ff., Maday S. 48, Römer S. 34. Teichmann sieht die letztgenannten Fälle nicht als Umgehungen im eigentlichen Sinne an, sondern als Problem einschränkender Auslegung, vgl. aaO S. 49.

34 Zu dieser Frage vgl. Vetsch S. 75, 223; er ist der Ansicht, nur Zielverbotsgesetze könnten umgangen werden.

35 Über den Stand der Kontroverse im Zivilrecht vgl. Römer S. 30; die neueren Arbeiten halten durchwegs auch Gebotsgesetze für geeignete Objekte der Umgehung.

b) Abschließend bleibt noch die Frage zu klären, ob zum gesetzesumgehenden Verhalten neben den genannten objektiven Voraussetzungen auch noch *subjektive Momente* vorliegen müssen. Daß für den strafrechtlichen Regelfall, einer Strafdrohung für ein bestimmtes vorsätzliches Handeln, auch die Umgehungshandlung nur dann strafrechtliche Bedeutung haben kann, wenn der Täter ihre gesamten objektiven Voraussetzungen wissentlich und willentlich verwirklicht, erscheint selbstverständlich. Eine strafrechtliche Sanktion für unvorsätzliches Umgehen eines nur vorsätzlich zu erfüllenden Tatbestandes würde völlig strafrechtlicher Systematik widerstreiten[36]. Dagegen ließe sich denken, daß die gesetzesumgehende Handlung zusätzlich eine weitere subjektive Voraussetzung begrifflich erforderte. Dieses besondere subjektive Moment bezeichnet v. Weber[37] ausdrücklich als Umgehungsabsicht. Auch in der Begriffsbestimmung des RG[38] ist davon die Rede, daß die Täter als Ort der Eheschließung vorsätzlich das Ausland wählen, um eine Bestrafung im Inland zu vermeiden. Hier stehen sogar beide Elemente des subjektiven Tatbestands nebeneinander, der Vorsatz bezüglich der objektiven Umgehungsvoraussetzung, nämlich der Tatortverlegung als Vermeidung der Tatbestandsmerkmale der Anknüpfungsnorm[39], und zusätzlich die Umgehungsabsicht, d. h. das besondere Ziel des Handelns muß darin liegen, die Anknüpfungsnorm zu vermeiden und so straflos zu bleiben. Auf das materielle Strafrecht im engeren Sinne übertragen, würde das bedeuten, daß zum vollen objektiven und subjektiven Tatbestand als subjektives Unrechtselement[40] die Umgehungsabsicht hinzutreten müßte[41], um eine gesetzesumgehende Handlung annehmen zu können[42]. Ein gewisser Anhalts-

36 Aus einzelnen positiven Umgehungsgesetzen, wo ausdrücklich vorsätzliche und fahrlässige Umgehung nebeneinander genannt sind — vgl. § 396 Abs. IV bzw. § 402 Abs. II RAO —, ließe sich allerdings der Schluß ziehen, auch im allgemeinen Strafrecht müsse neben der vorsätzlichen die fahrlässige Umgehung erfaßt werden, wenn ein entsprechender Fahrlässigkeitstatbestand existieren sollte. Man wird aber solche Normen als spezielle, nicht erweiterungsfähige Ausnahmen sehen müssen, die den allgemeinen Grundsatz nur bestätigen.

37 AaO S. 274.

38 RG 74, 397 ff.

39 Vgl. oben S. 11.

40 Zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen vgl. Mezger GS 89, 207 ff., LB S. 88 ff.; zur Bedeutung dieser Lehre für die finale Handlungslehre vgl. Welzel LB S. 54 ff., 71 ff.

41 Im Unterschied zum Normalfall enthält hier die Absicht kein zusätzliches, im obj. Tatbestand nicht enthaltenes Element — bei § 242 die Zueignung, bei § 263 den Vermögensvorteil —, sondern richtet sich auf Verwirklichung des als Gesetzesumgehung richtig subsumierten objektiven Tatbestands.

42 So für das Strafrecht ausdrücklich Maday S. 84, ähnlich Desbois S. 20 ff.

punkt für die Richtigkeit dieser Ansicht wäre das Merkmal »künstlich« des objektiven Umgehungstatbestandes. Darin läßt sich eine besondere Zweckbezogenheit des Handelns erkennen. Wird die »Künstlichkeit« der Tatbestandsvermeidung vom Täter in sein Wissen und Wollen aufgenommen, so ist zur Umgehungsabsicht im oben angeführten Sinne nur noch ein kleiner Schritt.

Einer Übernahme der Umgehungsabsicht in die begriffliche Festlegung des gesetzesumgehenden Verhaltens stehen aber beachtliche Gegenstimmen aus anderen Rechtsgebieten entgegen. Schon für den Bereich des öffentlichen Rechts ist eine einheitliche Linie kaum mehr festzustellen. Die oben angeführte Definition des BGH[43] behauptet zwar noch, es sei ein Wesenszug der Umgehung, daß sie »an den vom Gesetz angeordneten Rechtsfolgen vorbeiführen soll«[44]. Die neuere Ansicht neigt aber gerade im Steuerrecht dazu, um der Gleichheit der Besteuerung willen auch die unbeabsichtigte Steuerumgehung unwirksam zu machen[45] [46], zumal auch die absichtslos handelnden Steuerpflichtigen denselben wirtschaftlich unerwünschten Erfolg erreichen[47]. Noch stärker ist die »école objectiviste« im Bereich des Zivilrechts, wobei vor allem auf die Tatsache abgestellt wird, daß auch sonst das Privatrecht »seine Rechtsfolgen weitgehend an objektive Tatbestände knüpft und die Tendenz zeigt, sich ständig weiter zu objektivieren«[48]. Schließlich wird angeführt die besondere Schwierigkeit, die Umgehungsabsicht nachzuweisen[49], sowie die Notwendigkeit, gegen auf Umwegen erreichte, dem Gesetzeszweck widersprechende Erfolge auch dann vorzugehen, wenn sie nicht »dolos« zustande gebracht würden.

Für das Strafrecht ist allerdings interessant, daß sowohl im Steuerrecht[50] als auch im Zivilrecht eine Einschränkung dann gemacht wird, wenn ein besonderes Interesse des einzelnen an möglichster Freiheit und Rechtssicherheit besteht[51]. Dann sei diesem Interesse der Vorzug vor dem Interesse des Gesetzgebers an der Verhinderung des vom Ge-

43 BGHZ NJW 1960 S. 1057.

44 Ebenso ausdrücklich RG 77, 93.

45 Z. B. Hübschmann-Hepp-Spittaler zu § 6 StAnpG Anm. 4, ebenso v. Gamm S. 260.

46 Interessant ist der Hinweis bei Hübschmann aaO, daß eine Steuerumgehung auch bei fehlender Absicht gegeben sei, »da § 6 keine Strafvorschrift ist, die ein Verschulden voraussetzt«.

47 So vor allem Walz S. 46, konkludent auch für das Strafrecht.

48 Römer S. 45.

49 So besonders Vetsch S. 218.

50 Vgl. Anm. 46.

51 Römer S. 45 macht ausdrücklich eine Ausnahme nur für das Steuerrecht »wegen der dort herrschenden rechtsstaatlichen Grundsätze«; vgl. auch Witschel S. 91.

setz verpönten Zustandes zu geben, mit der Folge, daß nur das mit Umgehungsabsicht erfolgte Handeln eine Sanktion auslösen dürfe. Für keinen Rechtsbereich haben aber die Grundsätze der Freiheit und Rechtssicherheit größere Bedeutung als da, wo am intensivsten in die Sphäre des einzelnen eingegriffen werden kann, nämlich im Strafrecht. Wendet man daher den Grundgedanken dieser in den anderen Rechtsgebieten gemachten Einschränkung auf das Strafrecht an, dann könnte sich das oben angedeutete Ergebnis bestätigen, nämlich daß eine strafrechtlich relevante gesetzesumgehende Handlung begrifflich von der Umgehungsabsicht des Täters getragen sein müsse[52] [53].

Ein letztes, formales Argument könnte die Notwendigkeit der Umgehungsabsicht noch stützen. »Umgehen« hat an sich schon einen besonderen finalen Charakter; das französische »fraude à la loi« kennzeichnet das noch besser als der deutsche Begriff. »Fraude à la loi sans fraude«[54] wäre ein Widerspruch in sich[55]. Das müßte auch für das Strafrecht gelten. Allerdings ist damit noch nicht die Notwendigkeit der Umgehungsabsicht im Sinne eines besonderen subjektiven Unrechtselements erwiesen. Der finale Charakter kann sich durchaus in bloßer Vorsätzlichkeit erschöpfen, auch »fraude« bräuchte nicht unbedingt mit »Absicht« übersetzt zu werden.

Vor allem ist nicht recht ersichtlich, welchen Sinn die Umgehungsabsicht für die strafrechtliche Bewertung einer Handlung haben sollte[56]. Denn sie enthält, anders als sonst derartige subjektive Unrechtselemente[57], keine zusätzlichen, im Vorsatz noch nicht einbegriffenen Merkmale, würde also nichts anderes bedeuten als die Reflexion des Täters, er wolle mit dem, was er bewußt und gewollt verwirkliche, das Gesetz auch umgehen. Jedenfalls bleibt an dieser Stelle festzuhalten, daß eine weitere begriffliche Klärung auf deduktivem Wege nicht erfolgen kann. Die endgültige Entscheidung muß der induktiven Begriffsbestimmung vorbehalten werden.

52 Dies würde sich mit der vom BGHZ (NJW 1960 S. 525) in ganz anderem Zusammenhang vertretenen Ansicht decken, daß eine generelle Antwort auf die Frage der begrifflichen Notwendigkeit der Umgehungsabsicht nicht gegeben werden kann, daß vielmehr die »Beantwortung sich jeweils nach Sinn und Zweck des Gesetzesverbots wird richten müssen«.

53 Ligeropuolo S. 336 Anm. 2 lehnt dieses Ergebnis ausdrücklich ab, läßt den objektiven Begriff genügen und hält die Umgehungsabsicht, falls sie im Einzelfall festgestellt werden kann, für einen Strafzumessungsgrund, der sich schärfend auswirkt, »se bornerait à déterminer une plus grande sévérité des juges«.

54 Was Ligeropuolo konsequent auch auf anderen Gebieten als möglich ansieht.

55 Würdinger S. 273.

56 Das verkennt Witschel S. 91, auch wenn die angeführten Gründe an sich nicht von der Hand zu weisen sind.

57 Vgl. oben Anm. 41.

Der bisher entwickelte Begriff der gesetzesumgehenden Handlung ist zugeschnitten auf die Beurteilung individuellen Verhaltens. Wie erwähnt[58] läßt sich aber auch die *Tätigkeit von Gerichten* und Behörden im Strafrechtsbereich unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung betrachten. Die Tatsache, daß beide Einrichtungen nicht Normadressaten in dem Sinne sind, daß ihnen strafbedrohte Gebote oder Verbote entgegengestellt werden, macht die inzwischen gefundene vorläufige Definition aber unanwendbar. Anhaltspunkte für eine deduktive Begriffsbestimmung fehlen in den einschlägigen Entscheidungen[59]. Es liegt deshalb nahe, insoweit auf den allgemeinen Grundsatz zurückzugreifen, daß Gesetzesumgehung ein Verhalten ist, das unter Wahrung des Wortlauts gegen den Sinn einer Norm verstößt[60]. Ein solches Verhalten können auch Gerichte an den Tag legen, die eine Norm zwar dem Wortlaut entsprechend, aber entgegen ihrem Sinne anwenden.

§ 2 Induktive Überprüfung des Umgehungsbegriffs

Die bisherigen Ausführungen haben den Begriff der gesetzesumgehenden Handlung deduktiv durch Vergleich mit anderen Rechtsgebieten und durch Auswertung von Definitionen aus dem Bereich des Strafanwendungsrechts dahin gekennzeichnet, daß darunter objektiv jedes Handeln zu verstehen ist, das gegen den Sinn einer Strafnorm verstößt, aber ihren Tatbestand künstlich vermeidet. Subjektiv wurde als unumgänglich erkannt der Vorsatz bezüglich der genannten objektiven Merkmale. Diese so gewonnene Begriffsbestimmung soll nun an Beispielen aus Rechtsprechung und Rechtslehre auf ihre Richtigkeit überprüft und zugleich objektiv und subjektiv vervollständigt werden. Objektiv wurde noch offen gelassen die Frage nach der Art des umgangenen Strafgesetzes, danach, ob Strafnormen jeglichen oder nur bestimmten Inhalts umgangen werden können. Subjektiv bleibt zu klären, ob der Umgehungstäter zusätzlich noch die Umgehungsabsicht haben muß, also ein besonderes subjektives Unrechtselement notwendig ist. Für beide Fragen hat die deduktive Betrachtung keine eindeutigen Ergebnisse geliefert, so daß auch hier Rückschlüsse vom Fall her gezogen werden müssen. Dabei wird nicht verkannt, daß Art und Auswahl der Fälle das Ergebnis erheblich beeinflussen können, daß also das vorher

58 Oben S. 2.
59 OLG Hamm VRS 10, 49; OLG Köln NJW 1963 S. 2136.
60 D. 1. 3. 1. 29.

in das Beispiel hineingebaut werden kann, was anschließend aus ihm bewiesen werden soll. Deshalb werden auch nur Fälle angeführt, die wirklich in diesem oder ähnlichem Zusammenhang eine Rolle gespielt haben, auch wenn sie nicht immer unter dem Aspekt der Gesetzesumgehung betrachtet wurden[61].

I. Die Problemfälle

1. Auf der Ebene des *Tatbestands* hat man unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung vor allem fünf Fälle gesehen:

Fall 1: (zu § 243 Ziff. 2 StGB) Der Dieb erbricht das gestohlene Behältnis bewußt erst außerhalb des Gebäudes oder umschlossenen Raumes, aus dem er es entwendet hat[62].

Fall 2: (zu § 259 StGB) Der Hehler veranlaßt den Dieb, das gestohlene Geld erst wechseln zu lassen, ehe er es an sich nimmt[63].

Fall 3: (zu § 182 StGB) Der Täter hat ein Mädchen zunächst straflos bescholten gemacht und verführt es anschließend im Bewußtsein der von ihm herbeigeführten Bescholtenheit[64].

Fall 4: (zu § 24 StVG) Der Täter besitzt einen ausländischen Führerschein, der nach einem Jahr seine Gültigkeit verlieren würde. Kurz vor Ablauf der Frist fährt er vorübergehend ins Ausland und bringt mit der Rückkehr die Frist neu zum Laufen[65].

Fall 5: (zu 38 Abs. II S. 2 GWB) Der Täter spricht, statt einen unwirksamen Bindungsvertrag zu schließen, eine Preisempfehlung aus, von der er weiß, daß sie ebenfalls befolgt wird[66].

In denselben Zusammenhang gehört noch, ohne daß dazu bisher das Stichwort Gesetzesumgehung herangezogen wurde:

Fall 6: (zu 142 StGB) Der Unfallbeteiligte bleibt am Unfallort, verwischt aber sämtliche Spuren so, daß die Aufklärung des Unfalls unmöglich gemacht ist[67].

61 Desbois S. 88 weist auf die ähnliche Erscheinung im französischen Recht hin, daß Gesetzesumgehung zwar den tieferen Grund mancher Entscheidung, nicht aber die rechtliche Begründung liefert.

62 Vgl. dazu Walz S. 33; BGH NJW 1961 S. 418.

63 So Walz S. 32, Maday S. 84, RG 72, 146 einerseits, BGH 9, 139 andererseits.

64 Vgl. Bruns S. 147 ff., im Anschluß an LG Kaiserslautern JZ 1956 S. 182.

65 Vgl. OLG Hamm NJW 1963 S. 1263.

66 So der Fall BGH 14, 55 ff., dazu Behnisch WuW 1960 S. 357; Hübner aaO.

67 Vgl. BGH 7, 117.

2. Auf der Ebene der *Rechtswidrigkeit* finden sich ganz gleichartig gelagerte Fälle, ohne daß bisher ausdrücklich eine Lösung über den Umgehungsgedanken erfolgt wäre:

Fall 7: (zu § 53 StGB) Der Täter führt die objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr bewußt herbei[68].

3. Ähnliches gilt für die Ebene der *Schuld*, wo parallele Fälle mit anderen Rechtsfiguren gelöst werden:

Fall 8: (zu § 51 StGB) Der Täter trinkt sich Mut an derart, daß er zur Tatzeit nicht mehr zurechnungsfähig ist[69].

Fall 9: (zu § 47 MStGB) Der Täter erschleicht sich durch bewußte Falschmeldungen einen bindenden, entschuldigenden Befehl[70].

4. Für den Bereich des *Strafanwendungsrechts* soll der Vollständigkeit halber ein Fall angefügt werden, auch wenn er für die Begriffsbestimmung nicht herangezogen werden kann, nachdem bereits deduktiv von Definitionen dieses Rechtsbereichs ausgegangen wurde:

Fall 10: (zu § 4 a.F. StGB) Die Täterin begibt sich in ein Land, in dem Abtreibung straflos gelassen ist, und läßt dort den Eingriff vornehmen[71].

5. Anhangsweise ist noch ein Umgehungsfall der Art, wie sie neuerdings *bei Gerichten* gerügt werden, anzuführen:

Fall 11: (zu § 42m StGB) Da die Voraussetzungen einer Entziehung der Fahrerlaubnis nicht vorliegen, macht das Gericht dem Verkehrssünder die Bewährungsauflage, sechs Monate lang nicht selbst zu fahren[72].

Von diesen Ausgangsfällen her soll im folgenden versucht werden, begriffliche Gemeinsamkeiten der zugrundeliegenden Handlungen zu erkennen. Dabei ist noch nicht gesagt, daß es sich bei allen Fällen um Gesetzesumgehung im strengen, erst noch herauszuarbeitenden Sinne handelt. Jedenfalls scheinbar weisen aber diese Beispiele einen gewissen Umgehungscharakter auf in dem weitesten Sinne, wie der Begriff oben[73] verwendet wurde. In dieser Eigenschaft sollen die Fälle auch noch die praktische Grundlage der später vorzunehmenden dogmati-

68 Neuestens BGH NJW 1962 S. 309; ähnlich RG DR 1939 S. 364, wo der Täter die Voraussetzungen des Schußwaffengebrauches herbeiführt.

69 So sind die Fälle RG 73, 182; BGH NJW 1963 S. 1037 gelagert.

70 So BGH NJW 1964 S. 57 in einem Kriegsverbrecherprozeß.

71 Vgl. AG Stuttgart DJ 1936 S. 1646; RG HRR 1940 Nr. 1141; in ähnlichem Sinne BGH NJW 1963 S. 1162.

72 Vgl. OLG Hamm VRS 10, 49, Bruns GA 1959 S. 193 ff., ähnlich schon RG DR 1939 S. 371 zur Umgehung von Straffreiheitsgesetzen. 73 S. 9.

schen Erörterungen bilden, die Gegenstand des dritten und vierten Teils der Arbeit sind.

II. Analyse der Problemfälle

1. Untersucht man die die Tatbestandsebene berührenden Fälle 1–5 auf ihr Verhältnis zu dem gesetzlichen Tatbestand, dem sie in der Aufstellung zugeordnet sind, so scheinen sie alle so gelagert, daß irgendein Merkmal des Tatbestands objektiv fehlt. So erfolgt das Erbrechen des Behältnisses außerhalb des Gebäudes oder des umschlossenen Raumes, so daß lediglich der Tatbestand des einfachen Diebstahls, nicht aber § 243 Ziff. 2 StGB gegeben ist. So bringt der »Hehler« eine Sache an sich, die nicht durch strafbare Handlung, sondern durch das rechtlich indifferente Wechselgeschäft erlangt ist[74]. So verkehrt der Verführer beim zweiten Male mit einem bescholtenen Mädchen, während § 182 StGB eine unbescholtene Partnerin voraussetzt. So fährt der Kraftfahrer mit einem Führerschein, der erst ein Jahr nach Grenzübertritt seine Gültigkeit verliert, also mit einer gültigen Fahrerlaubnis. So ist die Preisempfehlung bewußt deshalb gegeben worden, weil der naheliegende Preisbindungsvertrag gesetzlich verboten ist, die Preisempfehlung aber unmittelbar nicht[75]. In allen fünf Fällen ist also in der Regel[76] der gesetzliche Tatbestand der jeweils einschlägigen Strafnorm nicht erfüllt, so daß der Täter insoweit[77] dem ersten Anschein nach straflos bleiben würde. Das gemeinsame Wesensmerkmal dieser Fälle ist also, daß der Täter *ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes vermeidet.*

Anders ist die Lage scheinbar in den Fällen 7–9. Ganz im Gegensatz zu den bisher untersuchten Fällen sucht der Täter hier, Merkmale eines »Tatbestands« im weiteren Sinne auf sich zu ziehen, zu schaffen, zu erfüllen, denn ihm geht es darum, die Rechtsfolge dieses »Tatbestands« zu erlangen. So ruft der Notwehrprovokateur durch »Hänseln« des

74 Nachdem das Wechselgeschäft selbst keinen Straftatbestand erfüllt, da derjenige, welcher das strafbar erlangte Geld erhält, nach § 935 Abs. II BGB gutgläubig Eigentum erwerben kann.

75 Die Preisabsprache verbieten grundsätzlich §§ 1, 38 Abs. I Ziff. 1 GWB; daß § 38 Abs. II S. 2 GWB auch Umgehungen mit Geldbuße bedroht, soll an dieser Stelle außer Betracht bleiben.

76 Zu einem Sonderfall vgl. BGH NJW 1961 S. 418.

77 Wenn nicht im Einzelfall andere Tatbestände übrigbleiben, so § 242 im Fall 1, § 185 im Fall 3.

Gegners dessen Angriff[78] hervor und damit die objektive Voraussetzung einer durch Notwehr gerechtfertigten Verteidigung. So schließt der Rauschtäter seine Zurechnungsfähigkeit und damit Schuldfähigkeit dadurch aus, daß er eine trunkenheitsbedingte Störung der Geistestätigkeit herbeiführt, obwohl oder weil er weiß, daß seine Handlungsfähigkeit unbeeinflußt bleibt. So verschafft sich der Kriegsverbrecher einen bindenden Befehl, um dann, befehlsgemäß handelnd, die Voraussetzungen des Entschuldigungsgrundes § 47 MStGB zu erfüllen. In diesen Fällen verhält sich der Täter also immer tatbestandsmäßig, er erfüllt aber die gesetzlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungs- bzw. Schuldausschließungsgrundes und bleibt so dem ersten Anschein nach straflos. Der gemeinsame Wesenszug dieser Fälle liegt also in der *Erschleichung eines Merkmals*, das zu den objektiven Voraussetzungen der betreffenden Vorschriften gehört.

Ein einheitliches begriffliches Element beider Fallgruppen scheint zu fehlen. Bei genauerer Betrachtung besagen aber beide Wendungen »vermeiden« wie »erschleichen« dasselbe. Denn so wie man sagen kann, der Täter vermeidet einen Straftatbestand, kann man denselben Vorgang dahin charakterisieren, daß der Täter sich Straflosigkeit erschleicht. Umgekehrt läßt sich das Erschleichen eines Strafausschließungsgrundes als Vermeiden der an sich gegebenen Strafbarkeit betrachten. Die Begriffe »vermeiden« und »erschleichen« beleuchten also im Ergebnis die gleiche Frage, nämlich das Verhältnis des Täterverhaltens zur Strafnorm, von verschiedenen Seiten. Will man jedoch den Begriff des gesetzesumgehenden Verhaltens juristisch scharf formulieren, so *sind beide Teilbereiche der Umgehung auseinanderzuhalten*[79]. Gesetzesumgehendes Verhalten vermeidet also entweder den Tatbestand einer belastenden oder erschleicht die Voraussetzungen einer begünstigenden Strafrechtsnorm. Die deduktiv entwickelte Definition führte demgegenüber lediglich die Tatbestandsvermeidung auf; sie ist daher insoweit zu modifizieren.

Versucht man nun die Art dieses Vermeidens bzw. Erschleichens näher zu kennzeichnen, so läßt die Fallgruppe 1–6 erkennen, daß der Täter sich nicht lediglich passiv verhält, sondern aktive Maßnahmen im Hinblick auf die Vermeidung des jeweiligen Tatbestands trifft. So

78 Es sei denn, man sieht im »Hänseln« selbst schon einen rechtswidrigen Angriff, wie etwa Maurach AT S. 246, a. A. Lenckner GA 1961 S. 301.

79 Die Frage, ob begünstigende Normen überhaupt umgangen werden können, war terminologisch und begrifflich lange umstritten, ist aber heute ausgetragen; vgl. dazu Römer S. 34 f., etwas anders noch Vetsch S. 230 ff.

bringt er das Behältnis aus dem Gebäude heraus und öffnet es erst außerhalb (Fall 1); so veranlaßt er das Wechseln des Geldes durch den Vortäter (Fall 2); so macht der Täter das Mädchen erst straflos beschol-ten, ehe er es verführt (Fall 3); so fährt er vor Ablauf der Frist vorübergehend ins Ausland (Fall 4); so spricht er ausdrücklich eine Preisempfehlung aus (Fall 5); so verwischt er alle Unfallspuren (Fall 6). Der Unterschied des Umgehungsverhaltens zum gewöhnlichen, außerhalb des Bereichs der Strafnormen liegenden straflosen Verhalten liegt also darin, daß der Täter im einen Fall das Fehlen des Tatbestands herbeiführt, selbst durch eigenes Handeln zustande bringt, bewirkt, im anderen Fall der Rechtsunterworfene sich lediglich in dem Raum bewegt, der ihm vom Gesetzgeber bewußt oder unbewußt frei gelassen wurde. Im Gegensatz zu dieser dem Sinne des rechtsfreien Raumes entsprechenden, natürlichen Verhaltensweise hat die erstgenannte Vermeidung etwas Unnatürliches, Sinnwidriges, Gezwungenes an sich; solches Verhalten wurde mit Recht im Rahmen der deduktiven Begriffsbestimmung als *»künstlich«* bezeichnet[80].

Betrachtet man die Gruppe der Erschleichensfälle, so zeigt sich dieselbe Erscheinung. Auch hier tut der Täter irgend etwas im Hinblick auf die erstrebte Straffreiheit, er provoziert einen Angriff (Fall 7), er betrinkt sich (Fall 8), er verfaßt Falschmeldungen (Fall 9). Er nutzt also nicht lediglich die ihm vom Gesetz gegebenen Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe, er schafft sie sich selbst. Schon im Wort schaffen liegt dieselbe Aussage, die oben mit dem Begriff »künstlich« gemacht werden sollte. Nichts anderes gilt im Falle 10, wo die Täterin gerade deshalb ins Ausland fährt, weil dort die Abtreibung straflos ist. Den Fällen der Gesetzesumgehung ist also objektiv[81] gemeinsam die künstliche Vermeidung oder Erschleichung eines strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals im weiteren Sinne.

Aus dem Fallmaterial läßt sich aber erkennen, daß die bisher induktiv abgeleitete Definition noch unvollständig ist. Das zeigt sich, wenn man die betreffenden umgangenen Gesetze nur etwas anders versteht, wie sich besonders gut an den Fällen 1 und 6 beweisen läßt. Wäre nämlich der Sinn des § 243 Ziff. 2 StGB lediglich der, das Stehlen mittels Erbrechens von Behältnissen in Gebäuden zu verhindern, nicht aber solches außerhalb, dann könnte niemand auf den Gedanken kommen,

80 Diesen Begriff »künstlich« hat als erster wohl Römer S. 18 f. geprägt; vgl. auch BFH BStBl 1960 III S. 111.

81 Daß »künstlich« wesensmäßig einen gewissen subjektiven Einschlag hat, wurde bereits erwähnt, vgl. oben S. 16.

ein Umgehen dieser Norm darin zu sehen, daß der Täter etwas tut, was die Norm bewußt nicht bestrafen will. Würde § 142 StGB nur den Sinn verfolgen, den Unfallbeteiligten an seiner Flucht zu hindern, nicht aber die Ansprüche der Geschädigten sichern wollen, so wäre es widersinnig, ein Umgehen des § 142 StGB darin zu sehen, daß der Täter zwar am Unfallort bleibt, aber durch sein Verhalten dennoch eine Feststellung der Unfallursache unmöglich macht. Es muß also ein Zusammenhang zwischen dem Sinn der umgangenen Norm und dem Umgehungsverhalten bestehen, derart, daß die Umgehung zugleich einen Verstoß gegen Sinn und Zweck der Norm enthält. So hat § 243 Ziff. 2 den Sinn, die besondere verbrecherische Gesinnung, die im Stehlen unter schwierigen und gefährlichen Umständen liegt, zu erfassen[82]; § 259 StGB soll die Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Vermögenslage[83] oder die Nutzung des unrechten Gutes[84] verhindern, was nicht gelingt, wenn dem Hehler das gewechselte Geld zur Verfügung steht; § 182 will die Verführung von Mädchen unter 16 Jahren allgemein verhindern und macht eine Ausnahme davon nur, wenn das Mädchen nicht mehr schutzwürdig ist. §§ 1, 38 Abs. I Ziff. 1 GWB wollen gegen kartellartige Erscheinungen vorgehen[85], nicht lediglich gegen Vertrags- oder Beschlußkartelle, und § 142 StGB soll das Aufklärungsinteresse der Geschädigten sichern[86], die Flucht sah der Gesetzgeber nur als nächstliegende Möglichkeit an, ihm zuwiderzuhandeln. In den Fällen 7–9 ergibt die Überprüfung der Normzwecke nichts anderes. § 53 StGB geht davon aus, das Handeln eines Menschen, der sich einer plötzlichen Gefahr gegenüber sieht, bezüglich des Angreifers zu rechtfertigen. Die Möglichkeit, einen vom Verteidiger in die Wege geleiteten Angriff zu privilegieren, entspricht diesem Zwecke nicht. Ebensowenig ist Sinn des § 51, den zu schützen, der sich der Trunkenheit bewußt bedient[87], um seine Schuldunfähigkeit herbeizuführen; noch weniger ist § 47 MStGB dazu gedacht, auch dann einzugreifen, wenn die Pflichtenkollision, die er lösen will, vom Täter selbst geschaffen wurde. Schließlich wollte § 4 a. F. StGB dem Deutschen, der im Ausland lebt, gestatten, der Rechtsordnung dieses Landes gemäß zu leben[88], nicht aber das Ausweichen des Inländers vor der eigenen Rechtsordnung ermöglichen.

82 Vgl. dazu OLG München SJZ 1949 S. 201; Schönke-Schröder Anm. 7 zu § 243 StGB.
83 So Schönke-Schröder Anm. 1 zu § 259 StGB; BGH 9, 139.
84 Vgl. Mezger B. T. S. 152; OLG Koblenz DRiZ 1950 S. 69.
85 Vgl. Hübner Anm. 3, 6, 7.
86 BGH VRS 9, 136; BGH 8, 266.
87 Schönke-Schröder § 51 Anm. 38.
88 Vgl. Jescheck Referat, Niederschriften A.T. Bd. 4 S. 13.

Allen Fällen ist also gemeinsam, daß der Täter des tatbestandserschleichenden oder -vermeidenden Verhaltens durch dieses Verhalten *dem Sinn und Zweck der umgangenen Norm widerspricht.* Fehlt dagegen dieser Sinnverstoß, weil der Gesetzgeber nur eine bestimmte Verhaltensweise speziell als strafbar und strafwürdig ansieht, kann von einer Umgehung nicht die Rede sein.

Darüber hinausgehende begriffliche Merkmale des gesetzesumgehenden Verhaltens läßt die Analyse der angeführten Umgehungsfälle nicht erkennen. *Das gesetzesumgehende Verhalten* ist also *objektiv* als ein Handeln zu bestimmen, das unter Verstoß gegen den Sinn der betreffenden Strafrechtsnorm

> den Tatbestand einer strafbegründenden Norm künstlich vermeidet, oder die objektiven Voraussetzungen einer strafausschließenden Norm künstlich erschleicht[89].

Damit sind auch die oben[90] noch offengelassenen Zweifelsfragen nach der Art der umgangenen Norm zu beantworten. Daß belastende wie begünstigende Normen umgangen werden können, hat die Untersuchung der Fallgruppen 1 – 6 bzw. 7 – 9 gezeigt. Der Unterschied liegt begrifflich lediglich darin, daß die Betonung einmal auf das Vermeiden des Straftatbestands, im anderen Fall auf das Erschleichen des strafausschließenden »Tatbestands« gelegt wird, ohne daß sachlich und im Ergebnis ein Unterschied besteht[91]. Der Vergleich von § 243 Ziff. 2 StGB (Fall 1) und § 259 StGB (Fall 2) läßt die erstgenannte Norm als Wegeverbotsgesetz, das Diebstahl auf besondere Weise schärfer bestraft, die letztere als Zielverbotsgesetz erkennen, das die Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vermögenslage bzw. die Nutznießung an unrechtmäßig erworbenem Gut unter Strafe stellt. Andererseits wurde oben ausgeführt, daß § 243 Ziff. 2 StGB seinem Sinne nach nicht lediglich den besonderen Weg erfassen will, sondern die außergewöhnliche Strafwürdigkeit des Hindernisse überwindenden Diebes, also kein Wegeverbot im eigentlichen Sinne ist. Echte Wegeverbotsgesetze, deren Sinn nicht über den ausdrücklich genannten Weg hinausreicht, können logisch gar nicht umgangen werden, denn ein Sinnverstoß ohne direkte Erfüllung des Tatbestands ist dann unmöglich. *Nur Zielverbotsgesetze und uneigentliche Wegeverbotsgesetze sind daher umgehbar.* Das letzte Problem, ob nur Verbots- oder auch Gebotsnormen[92] umgangen werden

89 In diesem Sinne für den Bereich des Internationalen Privatrechts Römer S. 19.

90 Vgl. S. 14.

91 Zum gleichen Ergebnis kommt Römer S. 35.

92 Zum Begriff vgl. Welzel LB S. 33; es würde sich also um die Umgehung echter oder unechter Unterlassungsdelikte handeln.

können, ist aus den angeführten Fällen nicht zu lösen. In der Rechtsprechung und Lehre sind Umgehungsfälle in diesem Bereich noch nicht aufgetaucht. Auch theoretisch scheint die Umgehung von Unterlassungsdelikten nicht denkbar, ohne daß bereits die Umgehungshandlung einen Verstoß gegen das Gebotsgesetz enthielte[93].

2. Untersucht man die angeführten Fälle nach *subjektiven Gemeinsamkeiten*, so ergibt sich, daß die Täter alle ihr Verhalten bewußt in bezug auf die betreffende Strafnorm hin ausrichten. Die fragliche Norm ist ihnen umrißhaft bekannt, sie wissen, was sie nicht tun dürfen, um nicht strafbar zu werden, und verhalten sich deshalb so, daß eines oder mehrere Merkmale des jeweiligen Tatbestands entfallen. So weiß der Täter im Fall 1, daß die Qualifikation des Diebstahls nur beim Erbrechen des Behältnisses im Inneren des Hauses eingreift und führt deshalb das Aufbrechen erst außerhalb des Gebäudes durch. So kennt der Hehler die herrschende Rechtsmeinung, daß gewechseltes Geld ungestraft angenommen werden könne, und veranlaßt deshalb das Wechselgeschäft (Fall 2). So fährt der Täter bewußt kurz vor Ablauf der Gültigkeit seines Führerscheins ins Ausland und reist dann nach Deutschland ein, weil er glaubt, die Geltungsdauer seines internationalen Führerscheins so verlängern zu können (Fall 4). So weiß der Täter im Fall 6 genau, daß er sich durch Flucht strafbar machen würde, und tut deshalb Dinge, die, wie er meint, straflos bleiben, ihn aber doch vor Ansprüchen der Unfallopfer zu schützen geeignet sind. So ist allgemein bekannt, daß in der Regel straflos bleibt, wer in Notwehr handelt oder in betrunkenem Zustand Unheil anrichtet[94], und gerade deshalb schafft der Täter eine Notwehrsituation oder versetzt sich in einen Rauschzustand. Und auch der Soldat (Fall 9), der den bindenden Befehl erschleicht, tut dies deshalb, weil er glaubt, sich dadurch entschuldigen zu können. Der Täter kennt also in allen Fällen das Gesetz[95], oder glaubt es wenigstens zu kennen, verhält sich aber oder gerade deshalb bewußt so, daß er dem Sinn des Gesetzes zuwiderhandelt, ohne es dem ersten Anschein nach zu berühren. Kann man, muß man diese Einstellung des Täters als *Umgehungsabsicht* auffassen[96]? Umgehungsabsicht im strengen Sinne

93 Bei echten Unterlassungsdelikten könnten theoretisch die Voraussetzungen der Handlungspflicht wegmanipuliert werden, bei der Art dieser Voraussetzungen (Unglücksfall in § 330c StGB, Vorhaben eines Verbrechens in § 138 StGB) entfällt dann aber ein Strafbedürfnis.

94 Von § 330a StGB soll hier abgesehen werden.

95 Deshalb spricht auch Terstegen S. 106 von »Intelligenzverbrechen«, ähnlich Mannheim S. 211.

96 Wie das die oben angeführten Definitionen v. Webers (S. 12) und des Reichsgerichts in RG 74, 397 ff. glauben lassen.

würde bedeuten, daß neben dem Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale auch noch als subjektives Unrechtselement die Absicht, das Gesetz zu umgehen, vorhanden sein müßte und dem Täter nachzuweisen wäre. Sein Ziel müßte also, in der Laiensphäre parallel gewertet[97], darin liegen, »dem Gesetz ein Schnippchen zu schlagen«. Ebensowenig aber wie im Regelfall der Täter, der alle Tatbestandsmerkmale bewußt und gewollt erfüllt, die Absicht haben muß, sich dadurch strafbar zu machen[98], kann man eine solche Absicht beim Umgehungstäter verlangen. Es bedarf dieser Figur auch nicht, denn projiziert man die Merkmale des objektiven Tatbestands in die subjektive Vorstellung des Umgehungstäters, so ist alles vorhanden, was die Umgehungsabsicht aussagen will[99]. Der Täter weiß, daß er gegen den Zweck des betreffenden Gesetzes verstößt, aber den Tatbestand dieser Norm vermeidet. Und er weiß vor allem, daß dies künstlich geschieht, was in der Laiensphäre bedeutet, entgegen der Vorstellung des Gesetzes straflos zu bleiben durch Abweichen vom normalen Weg, durch besondere Manipulationen, durch Kniffe und Schliche. Im Begriff »künstlich« liegt also alles das, was man mit »Umgehungsvorsatz« beschreiben könnte. Das Ziel, der Zweck des Handelns[100] braucht aber die Umgehung der Strafnorm nicht zu sein. Der Täter kann ganz andere Richtungen einschlagen wollen, wirtschaftlicher oder sonstiger Art, er umgeht doch das Gesetz, wenn er sich bewußt und gewollt künstlich an seinen Vorschriften vorbeiwindet. *Die Umgehungsabsicht ist also kein Essentiale des Umgehungsbegriffs*[101], für eine solche zusätzliche Einschränkung besteht kein Anlaß[102 103]. Vielmehr *genügt* in paralleler Konstruktion zum Normaltatbestand für den Umgehungstatbestand *Wissen und Wollen* der objektiv erforderlichen Merkmale. Umgehungsabsicht kann beim Täter im strengen Sinne vorhanden sein, ist aber ebensowenig notwendig wie die Absicht,

97 Vgl. dazu Mezger, Lehrbuch 1933, S. 328.

98 So weit braucht das unbedingt erforderliche Unrechtsbewußtsein ja nicht zu gehen.

99 Vgl. dazu auch oben S. 17.

100 Die Frage, welchen Inhalt und Umfang das subjektive Unrechtselement »Absicht« an den verschiedenen Stellen hat, an denen es im geltenden Recht vorkommt (etwa § 242, § 263 StGB), wird nicht einheitlich beantwortet; vgl. dazu BGH NJW 1961 S. 1172; RG 64, 260.

101 Auch für den Bereich des Strafanwendungsrechts gilt nichts anderes; das vorsätzliche Verlassen des Inlandes, das neben anderem mit dem Willen geschieht, im Ausland bestimmte Handlungen straflos zu tun, die im Inland strafbar sind, genügt.

102 Gleicher Ansicht auch v. Gamm S. 260, BGH 14, 55 ff. spricht von Umgehungsvorsatz.

103 Wenn behauptet wird, aus rechtsstaatlichen Gründen müsse im Strafrecht Umgehungsabsicht verlangt werden, vgl. dazu oben S. 16, so überzeugt das nicht, denn mit gleichem Recht könnte dann bei jeder Straftat über das Unrechtsbewußtsein hinaus auch noch die Absicht gefordert werden, sich strafbar zu machen.

das Strafgesetz zu übertreten, für den Normalfall direkten Zuwiderhandelns[104].

Die Bedeutung der subjektiven Komponente des gesetzesumgehenden Verhaltens läßt sich besonders gut an einem Vergleich zwischen Fall 3 und dem ihm zugrundeliegenden Sachverhalt erkennen[105]. Dort hatte der Täter das Mädchen bescholten gemacht, ohne von dessen Unbescholtenheit zu wissen. Deshalb handelt es sich dabei, entgegen der Ansicht von Bruns[106], gar nicht um einen Umgehungsfall im eigentlichen Sinne. Denn der Täter verhielt sich zwar objektiv wie ein Umgehungstäter, subjektiv wollte er aber weder das Gesetz verletzen noch es umgehen, als er das Tatbestandsmerkmal »unbescholten« beseitigte. Er nützte lediglich später die durch sein Vorverhalten entstandene Situation für sich aus. Dieser Fall ähnelt, wie Bruns mit Recht sagt, der zivilrechtlichen Figur des »venire contra factum proprium«[107], unterscheidet sich aber vom »agere in fraudem legis« dadurch, daß der Täter hier die tatbestandsvermeidende Situation bewußt schafft, dort lediglich sich ihrer bedient[108 109]. Erst die subjektive Komponente macht also aus einem schlichten, tatbestandsvermeidenden Geschehen eine gesetzesumgehende Handlung.

Somit läßt sich abschließend *definieren*, daß eine Gesetzesumgehung im Strafrecht begeht,

(1) wer bewußt und gewollt dem Sinne einer strafbegründenden Norm zuwider ihren Tatbestand künstlich vermeidet;

(2) wer bewußt und gewollt dem Sinne einer strafausschließenden Norm zuwider ihre objektiven Voraussetzungen künstlich erschleicht.

3. Schließlich ist der Begriff Gesetzesumgehung noch induktiv zu überprüfen in bezug auf *gerichtliche Maßnahmen*. Für Fall 11 ergibt sich dabei folgende Überlegung: Die vom Gericht zu verhängenden Sicherungsmaßregeln sind durch §§ 42 ff. StGB nach Art und Voraussetzungen beschränkt, scheiden also aus rechtlichen Gründen in vielen

104 Mit Recht sieht Ligeropuolo in der Umgehungsabsicht vor allem einen Strafzumessungsgrund aaO S. 336 Anm. 2.

105 Vgl. LG Kaiserslautern JZ 1956 S. 182.

106 AaO S. 151, wo es heißt, man könne in diesem Fall im Ergebnis von Gesetzesumgehung sprechen; ähnlich S. 147 rechte Spalte.

107 Vgl. dazu Esser S. 47, Riezler: Venire contra factum proprium 1912.

108 Deshalb erscheint auch die Strafwürdigkeit des Umgehungsverhaltens erheblich größer.

109 Der BGH unterscheidet neuestens (NJW 1964 S. 57) auch nicht zwischen beiden Fällen. Er führt nebeneinander an, der Täter habe die Falschmeldung bewußt abgegeben bzw. nur ausgenutzt (Fall 9).

Fällen aus, in denen sie an sich angebracht wären. Demgegenüber ist die Möglichkeit, Auflagen anzuordnen, dem Gericht im Rahmen der Generalklausel des § 24 StGB[110] in viel weiterem Umfange gegeben. Im Wege der Auflage kann deshalb eine Maßnahme verhängt werden, die als solche dem Wortlaut des § 42 m StGB nicht widerspricht, seine rechtlichen Schranken aber illusorisch machen würde.

Der Sinn dieser Vorschrift geht jedoch dahin, abschließend die Fälle zu regeln, in denen im Rahmen eines Strafverfahrens die Teilnahme des Angeklagten am Straßenverkehr ausgeschlossen werden kann. Die Verhängung eines Fahrverbotes als Auflage verstößt also zwar nicht gegen den Wortlaut des § 42 m, der ja insoweit nur Sicherungsmaßnahmen betrifft, aber gegen seinen, aus Aufgabe und Zusammenhang abzuleitenden, rechtlichen Sinn. Der Begriff gesetzesumgehender Maßnahmen von Gerichten läßt sich also induktiv wie deduktiv dahin umschreiben, daß sie zwar nicht dem Wortlaut der umgangenen Norm widersprechen, ihrem Sinn aber entgegengerichtet sind.

§ 3 Sinn und Inhalt des Umgehungsgedankens

I. Der Sinngehalt des Umgehungsgedankens

Während in den bisherigen Ausführungen versucht wurde, den Begriff der Gesetzesumgehung im allgemeinen und der gesetzesumgehenden Handlung im besonderen zu umreißen, soll nun das Wesen des Umgehungsgedankens charakterisiert werden, der dieser Begriffsbildung zugrundeliegt. Gesetzesumgehendes Verhalten wurde gekennzeichnet als Handeln unter tatbestandlicher Vermeidung oder Erschleichung bestimmter Normen. Der *Sinn des Umgehungsgedankens* liegt nun darin, einen Weg zu suchen, um solches Verhalten dennoch richtig in das Normensystem einzufügen und es dadurch zugleich mit den Mitteln der Rechtsordnung zu bekämpfen. Diese Aufgabe stellt sich für alle Rechtsgebiete gleich. Verschieden ist nur der Grad der Notwendigkeit solchen Suchens und der Schwierigkeit, einen gangbaren Weg zu finden. Je bedeutsamer die sinnentsprechende Normeinhaltung für einen Rechtsbereich ist, desto unliebsamer ist der Rechtsordnung die sinnvereitelnde Gesetzesumgehung, desto notwendiger wird aber dann auch ihre Erfassung. Dafür kann als Beispiel das Steuerrecht angeführt wer-

110 Zu ihrer Problematik vgl. Bruns GA 1959 S. 193 ff.

den, das nur dann die erforderlichen Erträge liefern kann, wenn jedem Umgehen der Steuernormen entgegengetreten wird. Daher wurden gerade auf diesem Bereich verschiedenste Versuche zur Bekämpfung der Steuerumgehung unternommen[111] – wegen der besonderen Natur des Steuerrechts zumeist vergeblich –, bis der Steuergesetzgeber durch eine positive Regelung[112] eingriff. Nichts anderes gilt für das Strafrecht. Auch hier gerät die gemeinschaftsschützende Ordnung in Gefahr, ihr Gesicht zu verlieren[113], wenn es ihr nicht gelingt, sich auch gegen Umgehungen zu sichern, die ihren Zweck bewußt vereiteln, und hier liegt die besondere Schwierigkeit noch mehr als im Steuerrecht in der betont fragmentarischen Natur des Strafrechts[114]. Sinn des Umgehungsgedankens ist also für das Strafrecht, trotz dieser spezifischen Hindernisse eine konstruktive Möglichkeit zu finden, Umgehungen von Strafrechtsnormen entgegenzutreten, wenigstens, wenn, wie im Steuerrecht, alle anderen Wege fehlschlagen, durch ein Eingreifen des Gesetzgebers.

II. Die Sanktion der Gesetzesumgehung

1. Der *Umgehungsgedanke* beschäftigt sich *seinem Inhalt nach* mit der Frage, auf welche rechtstheoretische Weise diesem soeben skizzierten Sinn und Ziel im Strafrecht entsprochen werden kann.

a) Auch hier ist es nützlich, einen Blick auf *andere Rechtsgebiete* zu werfen, insbesondere auf das öffentliche Recht. Die hier beschrittenen Wege sind vor allem zwei, die Nichtigkeits- und die Umdeutungsmethode. Am Anfang der Entwicklung steht der Gedanke, gesetzesumgehendem Verhalten einfach die rechtliche Wirkung zu versagen. So heißt es in der bedeutsamen, schon mehrfach zitierten Entscheidung des Preußischen OVG[115]:

> »Die Rechtsunwirksamkeit ›in fraudem legis‹ zustandegekommener Rechtsgeschäfte jedenfalls gegenüber demjenigen Gesetze, dem die Umgehung gilt, ist eine elementare Forderung der heutigen Rechtsüberzeugung.«

Ähnliche Gedanken finden sich auch jetzt noch in verschiedenen Verkehrsgesetzen. So hat das in § 5 GüKG[116] enthaltene Verbot der Um-

111 Vgl. dazu Ott S. 1138.

112 § 5 RAO 1919 und die ihm nachgebildeten Bestimmungen.

113 Vgl. Carl Schmitt S. 62, ebenso fast das gesamte nationalsozialistische Schrifttum zur Bestrafung von Umgehungstaten, etwa Schäfer in Gürtner S. 201.

114 Bruns S. 153.

115 PrOVG 78, 370 ff., 375.

116 Vom 17. 10. 1952 (BGBl. I S. 796).

gehung des Gesetzes zur Folge, daß der Umgehungstatbestand unbeachtet zu bleiben hat[117], daß es nicht auf den vorgetäuschten Sachverhalt ankommt[118], sondern der durch die rechtlich irrelevanten Umgehungsgeschäfte verdeckte tatsächliche Hintergrund maßgebend bleibt[119].

Demgegenüber gibt sich die Umdeutungsmethode mit dieser wenigstens relativen, auf den umgangenen Bereich beschränkten Unwirksamkeit nicht zufrieden. Sie folgt vielmehr dem im englischen Privatrecht entwickelten Rechtssatz »equity considers as done what ought to be done«[120] und deutet die unwirksame Umgehungshandlung in eine dem wirtschaftlichen Gesamtsachverhalt entsprechende rechtliche Gestaltung um[121]. Dieser Gedanke fand seinen gesetzlichen Ausdruck in § 5 Abs. III RAO 1919 und in den darauf aufbauenden Umgehungsbestimmungen der späteren Zeit, zuletzt in § 6 Abs. II StAnpG (1934):

»Liegt ein Mißbrauch vor, so sind die Steuern so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.«

Im Bereich des Zivilrechts, für das rechtlich angemessene Behandlung wichtiger ist als die dem wirtschaftlichen Erfolg der Umgehungshandlung entsprechende Umdeutung, ist von besonderer Bedeutung der sogenannte Gleichstellungsgrundsatz[122], der seinen ersten Niederschlag in § 80 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1865 findet:

»Zur Umgehung eines Gesetzes vorgenommene Handlungen sind einem offenen Zuwiderhandeln gleichzuachten.«

Die Folge einer Umgehungshandlung ist also, daß der Erfolg, den das Recht herbeiführen und die Gesetzesumgehung verhindern soll, unverändert eintritt[123]. Der zweckvereitelnden Umgehung tritt die Zweckbehauptung des Rechts entgegen[124]. Das Handeln »in fraudem legis« wird dem Handeln »contra legem« gleichbehandelt[125]. Neben der Gleichstellungstheorie wird im Zivilrecht noch die Nichtigkeit der

117 OLG Düsseldorf VRS 21, 475, BGHZ NJW 1960 S. 1057.

118 BayObLG VRS 19, 479.

119 Römer S. 51 lehnt jede Ausdehnung der Nichtigkeitslehre auf das öffentliche Recht als verfehlt ohne Begründung ab.

120 Zitiert nach Becker zu § 5 RAO Anm. 3.

121 Walz S. 67.

122 So zuerst genannt von Vetsch S. 281.

123 Barthelmeß S. 23.

124 Römer S. 50.

125 Pfaff S. 13.

gesetzesumgehenden Handlung weitgehend vertreten[126]; auch der BGH scheint diesen Standpunkt einzunehmen[127].

b) Von den auf anderen Rechtsgebieten entwickelten Inhaltsbestimmungen des Umgehungsgedankens scheint auf den ersten Blick am wenigsten brauchbar für das Strafrecht der *Nichtigkeitsgrundsatz*. Er ist seinem Ursprung nach zugeschnitten auf rechtsgeschäftliches oder ähnliches Handeln, dem der rechtliche Erfolg versagt werden soll. Im Strafrecht geht es aber nicht um die Abschneidung von »in fraudem legis« erstrebter Rechtsfolgen[128], sondern um die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten, sei es auch rechtsgeschäftlicher Natur, mit einer Strafsanktion belegt werden soll, unabhängig davon, ob dem Täter die erlangte Rechtsstellung erhalten bleibt oder nicht. Wollte man hier das gesetzesumgehende Handeln als nichtig oder unbeachtlich ansehen, könnte eine Strafe erst recht nicht verhängt werden, es sei denn, man wollte von dem Grundsatz abgehen, daß nur das Verhalten bestraft werden kann, das einen Straftatbestand in irgendeiner Weise erfüllt. Für den Regelfall der Umgehung einer strafbegründenden Norm ist daher der Nichtigkeitsgrundsatz unanwendbar. Ein anderes Ergebnis erscheint aber denkbar für den Fall der Umgehung einer strafausschließenden Norm. Würde man hier Unbeachtlichkeit des umgehenden Verhaltens annehmen, so würden die zunächst künstlich herbeigeführten Voraussetzungen des Strafausschließungsgrunds entfallen und der Täter so behandelt werden, als käme ihm der Strafausschluß nicht zu; ein Ergebnis, das durchaus dem Sinn des Umgehungsgedankens im Strafrecht entspräche. Auch dieses theoretisch einleuchtende Ergebnis bedarf einer induktiven Nachprüfung.

Der vor allem das Steuerrecht beherrschende *Grundsatz der Umdeutung* ist ebenfalls trotz der sonst engen Verwandtschaft beider Rechtsgebiete für das Strafrecht wenig geeignet. Er geht davon aus, wirtschaftliche Vorgänge in ihrer angemessenen Gestalt steuerlich zu erfassen und baut auf dem Vertrauen in den Steuerpflichtigen auf, er werde im Regelfall seine wirtschaftlichen Ziele auf dem mit steuerlichen Schranken versehenen normalen Wege anstreben[129]. Tut er es nicht, so wird er dennoch dem normalen Weg entsprechend behandelt. Im Unterschied zur wirtschaftlich-fiskalischen Zielsetzung des Steuerrechts ist das Straf-

126 Staudinger-Riezler 11. Aufl. § 134 Anm. 3, Desbois S. 28 ff.

127 BGHZ NJW 1960 S. 525.

128 So wie es der gemeinrechtliche Satz »nemo auditur propriam turpitudinem allegans« ausdrückt.

129 Vgl. Riewald, RAO und StAnpG, Berlin 1941, § 6 StAnpG Anm. 1.

recht aber ethischer Natur. Deshalb kann es einen normalen Weg der Strafbarkeit nicht geben, ebensowenig ein Vertrauen auf den Täter, er werde zur Erreichung seiner strafbedrohten Ziele diesen normalen Weg benutzen. Eine Umdeutung des vom Täter gezeigten Verhaltens in das vom Gesetzgeber nicht als normal, sondern lediglich als typisch angesehene Verhalten wäre deshalb für das Strafrecht widersinnig. Anklingen könnte der Umdeutungsgedanke vielleicht im Bereich der Umgehung von Strafbarkeitsvoraussetzungen. Hier könnte man für den Regelfall sagen, daß der Täter, wenn er schon eine strafbare Handlung begeht, diese auch im Inland begehe, so daß es dem Sinn des Umgehungsgedankens entspräche, die gesetzesumgehende Auslandshandlung in eine Inlandstat umzudeuten. Eine solche Konstruktion wäre aber gezwungen und ist ohne praktische Bedeutung, zumal, wie gleich zu zeigen ist, insoweit der Gleichstellungsgrundsatz zum selben Ergebnis auf einem dogmatisch klareren Wege führt.

Dem Sinne des Umgehungsgedankens im Strafrecht entspricht am besten die *Gleichstellungsmethode*, die vor allem vom Zivilrecht angewandt wird. Diese Methode hat aus sich selbst heraus keinen Strafcharakter[130], geht also nicht, wie der Nichtigkeitsgrundsatz, über die von der umgangenen Norm verhängte Sanktion hinaus. Sie hat lediglich die Wirkung, daß die Rechtsfolge der umgangenen Norm, die entgegen ihrem Zweck vermieden werden sollte, doch angewandt wird[131]. Daß der Gleichstellungsgrundsatz im Strafrecht zum Ergebnis hat, daß der Umgeher doch bestraft wird, ist also allein die Folge der Natur der umgangenen Norm und ihrer typischen Sanktion. Gerade dem Wesen des Strafgesetzes fügt sich der Gleichstellungsgrundsatz zwanglos ein. Mit Recht meint Pfaff[132], daß der Gedanke, was »in fraudem legis« geschah, ist gleich als ob es »contra legem« geschehen wäre, bei Gesetzen, auf deren Übertretung eine Strafe gesetzt ist, zuerst realisiert worden sei. Wie im Bereich des materiellen Strafrechts im engeren Sinne ist auch für das Strafanwendungsrecht der Gleichstellungsgrundsatz der angemessene Weg zur Verwirklichung des Umgehungsgedankens. Die Umgehung einer Norm des Strafanwendungsrechts wird so behandelt wie ihre direkte Erfüllung. Der komplizierten Umdeutung bedarf es zu diesem zweckentsprechenden Ergebnis also nicht. Schwierigkeiten und Ungereimtheiten bringt die Anwendung des Grundsatzes

130 Dies betont besonders Römer S. 50 im Anschluß an Ligeropuolo S. 131 und Maday S. 98.

131 Zum Gleichstellungsgrundsatz vgl. auch Ligeropuolo S. 346, Desbois S. 89.

132 AaO S. 13.

bei der Umgehung von Strafausschließungsgründen. Hier müßte der Gedanke umgekehrt werden, um dem Sinn des Umgehungsprinzips gerecht werden zu können. Denn Gleichstellung hätte hier zur Folge, daß der Umgehungstäter sein Ziel erreicht, den umgangenen Rechtssatz also auf sich ziehen könnte. Der Nichtigkeitsgrundsatz scheint hier besser zu passen. Die endgültige Entscheidung läßt sich aber nur anhand des Fallmaterials treffen.

2. Die *induktive Überprüfung* der theoretisch abgeleiteten Behandlungsregeln gesetzesumgehenden Verhaltens soll zunächst kurz für den Bereich des Tatbestands und des Strafanwendungsrechts erfolgen. Wegen des theoretisch eindeutigen Ergebnisses sollen nur Fall 1 bzw. Fall 10 herausgegriffen werden. Die Nichtigkeitstheorie, auf Fall 1 angewandt, würde bedeuten, daß das gesetzesumgehende Verhalten, das Erbrechen des Behältnisses außerhalb des Gebäudes, als nicht geschehen anzusehen wäre, mit der Folge, daß der Täter nur wegen einfachen Diebstahls bestraft werden könnte. Die Umdeutungstheorie würde, da sie das Verhalten des Diebes so betrachten müßte, als habe er im Gebäude das Behältnis erbrochen, mit einer dem Charakter des Strafrechts wenig entsprechenden fiktiven tatsächlichen Basis arbeiten. Sinnvoll und zweckmäßig erscheint allein die Gleichstellungstheorie, die von der tatsächlichen Verschiedenheit des gesetzesumgehenden und des gesetzesverletzenden Verhaltens ihren Ausgang nimmt, aber aus Rechtsgründen die Rechtsfolge beider Handlungen gleichstellt, also das Erbrechen des Behältnisses außerhalb des Gebäudes mit Umgehungsvorsatz mit derselben Strafe belegt wie das unmittelbare Verletzen des § 243 Ziff. 2 StGB. Im Falle 10 wäre die Nichtigkeitstheorie ebenfalls sinnlos, denn sie müßte die Tatortverletzung als unwirksam ansehen; könnte also nur zu Bestrafung kommen, wenn ein fiktiver Tatort im Inland angenommen wird[133]. Gleiches gilt für die Umdeutungstheorie. Richtiger erscheint es auch hier, vom Tatort im Ausland auszugehen, aber wegen des Umgehungscharakters der Tatortverletzung dieselbe Rechtsfolge wie für die Inlandstat anzunehmen.

Schwieriger gestaltet sich die Frage für die Erschleichung von strafausschließenden Merkmalen. Eine direkte Zuwiderhandlung oder Erfüllung als brauchbarer Anknüpfungsmaßstab fehlt, mit deren Rechtsfolge gleichgestellt werden könnte, ohne mit dem Sinn des Umgehungsgedankens zu kollidieren. Eine einheitliche Sanktion für alle Fälle der Gesetzesumgehung scheidet deshalb aus; denn wollte man die provo-

133 In eine ähnliche Richtung geht der Versuch Kraners S. 175, der die Tat im Inland beginnen läßt.

zierte Notwehr gleich der echten (Fall 7), die künstlich herbeigeführte Trunkenheit gleich der zufälligen (Fall 8), den erschlichenen Befehl (Fall 9) gleich dem eine ungewollte Pflichtenkollision hervorrufenden behandeln, so würde der Täter sein Ziel erreichen und durch gesetzesumgehendes Verhalten gerechtfertigt bzw. entschuldigt sein. Eine Umdeutung der umgehenden Erfüllung der »tatbestandlichen« Voraussetzungen in Nichterfüllung entspricht wiederum der ethischen, auf realen Ereignissen aufgebauten Aufgabe des Strafrechts nicht. Betrachtet man hingegen die tasächlich erfolgte Erfüllung als rechtsunwirksam, rechtlich irrelevant, gibt man solchem Verhalten nicht die gewollte Rechtsfolge, aber auch keine andere, so ist die Verteidigungshandlung (Fall 7) tatbestandsmäßig und rechtswidrig. Die schuldausschließende Trunkenheit bleibt rechtlich ohne Folgen (Fall 8)[134], der bindende Befehl löst keine Entschuldigungswirkung aus (Fall 9), die Täter handeln schuldhaft. Wie also schon theoretisch entwickelt, ist die dem Umgehungsgedanken entsprechende Sanktion für Handlungen, die strafausschließende Merkmale erschleichen, ihre rechtliche Unbeachtlichkeit.

Der *Inhalt des Umgehungsgedankens* läßt sich also für den Regelfall in zwei *Leitsätzen* zusammenfassen:

(1) Künstliche, normzweckwidrige Vermeidung eines Straftatbestands wird dem unmittelbaren Zuwiderhandeln gleichgestellt.

(2) Künstliche, normzweckwidrige Erschleichung der Voraussetzungen einer strafausschließenden Rechtsnorm bleibt ohne Rechtswirkung.

3. Zum Schluß bedarf einer Festlegung noch die *Rechtsfolge einer Gesetzesumgehung durch Gerichte.* Auch hier stehen Gleichstellungsgrundsatz und Nichtigkeitsgrundsatz zur Wahl. Gleichstellung würde im Falle 11 bedeuten, daß die Umgehung einer unmittelbaren Verletzung des § 42 m StGB gleichzubehandeln wäre, Nichtigkeit, daß die festgesetzte Auflage unbeachtlich, nichtig wäre. Beim Handeln von Gerichten und Verwaltungsbehörden wurde aber im öffentlichen Recht wie im Strafrecht der Grundsatz entwickelt, daß nur offensichtliche, evidente Rechtsverletzungen zur Nichtigkeit eines Staatsaktes führen können[135]. Solche Evidenz kommt der Umgehungshandlung nicht zu. Der Nichtigkeitsgrundsatz ist deshalb ungeeignet; *die gesetzesumgehende Maßnahme ist vielmehr einer gesetzesverletzenden im Sinne des Gleichstellungsgrundsatzes gleichzuachten*[136].

134 Hier ließe sich, stellt man auf die Schuldfähigkeit ab, der Gleichstellungsgrundsatz vertreten; der betrunkene wird wie ein schuldfähiger Täter behandelt.

135 Vgl. dazu Obermayer in Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. München 1964, S. 155; OVG Münster DVBl 1957 S. 21.

136 So schon RG DR 1939 S. 371; vgl. auch OLG Köln NJW 1963 S. 2136.

2. Abschnitt
Kriminalpolitische und rechtstheoretische Rechtfertigung der Umgehungsbekämpfung

Die bisherigen Darlegungen haben als Sinn des Umgehungsgedankens im Strafrecht die Einordnung des gesetzesumgehenden Verhaltens in das strafrechtliche Normensystem erkennen lassen, als sein Ziel die Bestrafung der Umgehungshandlung und als den dazu führenden Weg in der Regel die Gleichstellung der Umgehungshandlung mit dem unmittelbaren Verstoß, ausnahmsweise deren rechtliche Unbeachtlichkeit gezeigt. Den Möglichkeiten, die rechtstechnisch zu diesem Ziele führen, soll dessen kriminalpolitische und rechtstheoretische Rechtfertigung vorangeschickt werden.

§ 4 Die kriminalpolitische Gefährlichkeit der Gesetzesumgehung

In den vorangegangenen Kapiteln wurde immer wieder der Begriff »Umgehungsbekämpfung« verwendet und auf diese Weise von vorneherein die Gesetzesumgehung in das schiefe Licht rechtlicher Mißbilligung[1] gerückt. Es wurde in ihr ein Systemfehler gesehen, gegen den mit den Mitteln der Rechtsordnung angegangen, ja, der im engsten Sinn des Wortes bekämpft werden müsse. Diese bisher negative Verwendung des Umgehungsbegriffs bedarf noch ihrer Begründung, die über eine lediglich gefühlsmäßige Aversion hinausgehen muß. Dabei ist auf die spezifischen Verhältnisse des Strafrechts abzustellen, wenn Wert oder Unwert der Gesetzesumgehung zu beurteilen ist, denn auch wenn Begriff und Wesen der Gesetzesumgehung der allgemeinen Rechtslehre angehören und für alle Rechtsgebiete gleich oder fast gleich zu bestimmen sind, auch wenn die Bekämpfungsmethoden sich im wesentlichen decken, läßt sich doch die Frage nach dem Ob der Bekämpfung nur aus dem Wesen und Zweck des einzelnen Rechtsgebietes heraus beantworten und kann auf verschiedenen Bereichen auch völlig verschiedene Ergebnisse bringen, so daß Parallelen rechtsvergleichender Art hier nur mit Vorsicht gezogen werden dürfen.

1 Diese einseitige Betrachtungsweise rügt Würdinger in der Besprechung der Arbeit Ligeropuolos aaO S. 273.

Daß Gesetzesumgehungen im Strafrecht aus kriminalpolitischer Sicht unerwünscht sind, ist so selbstverständlich, daß es kaum einer Begründung bedarf. Denn es liegt sicher nicht im Interesse der Verbrechensbekämpfung, wenn es Wege gibt, die zu verbotenen Zielen führen, ohne daß der Täter dabei mit dem Gesetz unmittelbar in Konflikt kommt. Wenn trotzdem eine genauere Untersuchung der kriminalpolitischen Gefährlichkeit der Gesetzesumgehung erforderlich erscheint, so deshalb, weil rein *zahlenmäßig* die Gesetzesumgehung bedeutungslos bleibt[2] und wohl fast immer gewesen ist. Das liegt vor allem daran, daß Gesetzesumgehungen eine gewisse Gesetzeskenntnis unerläßlich machen und so einen typischen Fall dessen darstellen, was man mit dem Schlagwort »Intelligenzverbrechen«[3] bezeichnet. Demgegenüber sind, wie Mannheim[4] mit Recht bemerkt, die Delikte des »kleinen Mannes« nur in den seltensten Fällen gesetzesumgehende Handlungen, vielmehr in der Regel von direkt gesetzesverletzender Art[5]. Denn das begriffsnotwendige Wissen von Umfang und Inhalt der seine Ziele mit Strafe bedrohenden Normen fehlt dem Durchschnittsbürger ebenso, wie die besonderen Mittel und Möglichkeiten ihm nicht zur Verfügung stehen, deren es in vielen Fällen zu erfolgreicher Tatbestandsvermeidung bedarf, etwa dann, wenn dazu eine Tatortverlegung ins Ausland erforderlich wäre[6]. Nicht nur aus Gründen in der Person der Umgehungstäter ist jedoch der Anteil der Gesetzesumgehungen am Gesamtbild der Kriminalstatistik gering, auch *sachlich* ist das Gebiet, in dem gesetzesumgehendes Verhalten im Strafrecht lohnend und aussichtsreich ist, nicht sehr groß. Es handelt sich im wesentlichen, wie sich aus der Verfolgung des Umgehungsgedankens in der Strafrechtsgeschichte noch im einzelnen nachweisen läßt, um drei Gebiete, nämlich Vermögensdelikte im weiteren Sinn, Wirtschaftsstrafgesetze aller Art und, schon erheblich seltener, Sittlichkeitsdelikte, dazu noch gewisse Straftaten wie Abtreibung § 218 StGB und, heute weniger bedeutsam, Zweikampf § 205 StGB[7]. Im ganzen gesehen ist Gesetzesumgehung also eine Randerscheinung, die, jedenfalls unter den gegenwärtigen wirtschaftlichen und rechtlichen

2 So allgemein für die Fälle echter Gesetzesumgehung Teichmann S. 64.

3 So für die Steuerumgehung Terstegen S. 106; ganz ähnlich aber schon Pfaff S. 7.

4 AaO S. 211 f.

5 »Some straightforward form of law-breaking«.

6 Vgl. etwa Amtl. Begründung zu § 140 E 1962.

7 Vgl. dazu näher unten S. 55.

Voraussetzungen, selbst kriminalpolitisch dem ersten Anschein nach unbedeutend bleibt.

Dieses Bild ändert sich aber sofort in Krisen- und Kriegszeiten, wenn der Staat in das private und wirtschaftliche Leben des einzelnen mit neuen und einschneidenden Beschränkungen eingreift und in kompliziert gebauten und umfassend gedachten Regeln möglichst alle wirtschaftlichen Vorgänge zu ordnen versucht. Der Umfang der Umgehungen nimmt dann sprunghaft zu. Sowohl die Zahl der Umgehungstäter und ihr sozialer Bereich weitet sich aus als auch die Zahl der sachlichen, eine Umgehung lohnenden Beschränkungen. Die Folge war bisher in beiden Weltkriegen, daß sich gesetzesumgehendes Verhalten schnell zu einem echten kriminalpolitischen Problem ausgewachsen hat, das strafrechtlich bewältigt werden mußte. Insbesondere im letzten Krieg wurde dies durch eine Flut neuer Gesetze mit Umgehungsstrafbestimmungen[8] verzweifelt versucht. Dasselbe gilt von jeder anderen Form der Zwangswirtschaft, auch sie löst in großer Zahl Umgehungen aus[9]. Diese Überlegungen ergeben, daß die oben geschilderte zahlenmäßige Geringfügigkeit ihrerseits nur eine vorübergehende Erscheinung darstellt, die Schlüsse auf die kriminalpolitische Gefährlichkeit der Gesetzesumgehung nicht zuläßt, zumal jederzeit kriegerische Verwicklungen und wirtschaftliche Krisen auch heute auftreten könnten, die die ganze Problematik erneut und ungeahnt akut machen würden[10].

II. Kriminalpolitische Probleme der Gesetzesumgehung

Auch unter dem gegenwärtigen Aspekt weitgehender Freiheit des gesamten wirtschaftlichen Lebens von staatlicher Reglementierung und *trotz zahlenmäßig geringer Bedeutung ist Gesetzesumgehung ein kriminalpolitisches Problem.* Das zeigt sich einmal im Hinblick auf den gesetzestreuen Bürger, zum anderen in bezug auf den Umgehungstäter und schließlich auch gegenüber der Strafrechtsordnung als sozialer Schutzeinrichtung.

1. Dem *gesetzestreuen Bürger,* der sich an die strafrechtlich sanktionierten Gebote der Gemeinschaftsordnung dem Sinne nach hält, ihre

8 Eine fast vollständige Zusammenstellung findet sich bei Siegert, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht 1939(!), S. 34 ff.

9 So etwa die Devisengesetzgebung der Besatzungszeit, vgl. Art. VII MRG 53.

10 Schon die zu erwartende Notstandsgesetzgebung dürfte neue Möglichkeiten eröffnen und neue Bestimmungen zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung hervorbringen.

Verbote beachtet und Zwecke und Wege seines Lebens daran ausrichtet, auch wenn er dadurch in seiner persönlichen oder wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit erheblich beschränkt wird, ist es unverständlich und unerträglich, daß der schlaue und gerissene Täter, der die Lücken des Strafrechts kennt und nutzt[11], dadurch der Strafe entgehen soll, daß es ihm gelingt, das Strafgesetz zu umgehen. Sein Rechtsgefühl[12] fordert für ein Verhalten, das ihm ebenfalls erwünschte, aber wegen des Strafverbots unerreichbare Erfolge straflos zustande zu bringen scheint, die gleiche Bestrafung wie für eine direkte Zuwiderhandlung gegen das Gesetz[13]. Die Vorstellung, es solle straflos möglich sein, durch die Maschen des Gesetzes zu schlüpfen[14], bedeutet für den rechtstreuen Bürger eine psychologische Belastung und läßt ihn schließlich an der Richtigkeit seines eigenen Weges irre werden. Zugleich verliert er das Vertrauen in die staatliche Ordnung[15] und kann dazu neigen, in der Straflosigkeit des Umgehungstäters eine »Bankerott-Erklärung der Rechtspflege«[16] zu sehen, die durch formaljuristische Gesetzesanwendung »den Rechtsstaat in den Augen des verwegenen und phantasiebegabten Verbrechers zum Gespött macht«[17]. Die Folge ist schließlich, daß das schlechte Beispiel, weil es erfolgreich ist, zur allgemeinen Nachahmung reizt[18], so daß über den einzelnen Gesetzesverstoß hinaus eine immer breitere Bresche in das Gefüge der Rechtsordnung geschlagen wird[19], der Gehorsam gegenüber den Strafgesetzen immer mehr abnimmt. Auch wenn man berücksichtigt, daß ein beträchtlicher Teil der angeführten Argumente seine Herkunft aus dem nationalsozialistischen Schrifttum erkennen läßt und der damaligen weltanschaulichen Linie mehr entspricht als der heutigen Auffassung vom Rechtsstaat, so steckt doch in diesen Gedanken ein beachtlicher Kern. Auch heute hängt der Bestand der strafrechtlichen Ordnung ab von der Rechtstreue der großen Mehrzahl der Rechtsunterworfenen. Daher ist jeder Vorgang kriminalpolitisch gefährlich, der geeignet ist, diese Rechtstreue als Grundpfeiler zu er-

11 Baumann A.T. S. 135.

12 Das Schrifttum aus nationalsozialistischer Zeit verwendet an dieser Stelle das Schlagwort vom »gesunden Volksempfinden«, vgl. Rundverfügung des RJM, abgedruckt bei Krug-Schäfer-Stolzenburg, Strafrechtliche Verwaltungsvorschriften 1943, S. 493.

13 Daß das Rechtsgefühl die Umgehungsbekämpfung verlangt, betonen auch Strauß S. 275, sowie Bruns S. 147.

14 v. Weber, Kohlrauschfestschrift S. 132; AG Mannheim DJ 1936 S. 1239.

15 In diesem Sinne Wachinger S. 83.

16 So Finger GS 105 S. 97.

17 Vgl. die Polemik von Carl Schmitt S. 62.

18 Dies betont Vetsch S. 26, fügt sogar noch hinzu, auch der Beifall der Mitbürger für die gelungene Umgehung habe eine besondere Reizwirkung.

19 Typisch für die etwas phrasenhaften Begründungen aus der NS-Zeit Walz S. 58.

schüttern. Eine solche Wirkung hat aber jede gesetzesumgehende Handlung, da sie das Vertrauen in die Wirksamkeit der Strafrechtsordnung schwächt, die rechtliche Gesinnung psychologisch belastet und zu Nachahmungen anregt.

2. Auch wenn man den Blick auf die *Umgehungstäter* richtet, ist die Umgehungsbekämpfung kriminalpolitisch wünschenswert. Die straflose Umgehung des Strafgesetzes begünstigt den gerissenen und skrupellosen Berufsverbrecher, die Schlauheit des Antisozialen[20], der geschickt Lücken des Gesetzes ausfindig macht und für seine Ziele nützt. Das Bewußtsein, das Gesetz und seine Zwecke auf diese Weise straflos verhöhnen zu können, bestärkt ihn noch in seiner verbrecherischen Grundhaltung und macht ihn für die Allgemeinheit nur noch gefährlicher. Gleiches gilt für die zweite soziologische Gruppe von Umgehungstätern, die in Verwirklichung ihrer wirtschaftlichen Interessen Strafgesetze insbesondere insoweit zu umgehen versuchen, als sie dem wirtschaftlichen Gewinnstreben Grenzen setzen. Hier wird die Umgehung mit der Unterstützung von Rechtsberatern und unter Einsatz aller wirtschaftlichen Machtmittel und rechtstechnischen Schleichwege geplant und durchgeführt[21]. Eine derartige von juristischen Kniffen scheinbar gedeckte Mißachtung gesetzlicher Verbote kann keine Strafrechtsordnung dulden, wenn sie ernst genommen werden will[22]. Solch systematische von großen Geschäftsinteressen getragene Anstrengungen »to devise ways and means of committing anti-social acts still left free by the criminal law«[23] können für die Strafrechtsordnung eine notstandsähnliche Situation schaffen. Ein strafrechtliches Einschreiten dagegen ist daher dringend erforderlich. Ähnlich wäre auch der kriminalpolitische Erfolg der Strafdrohungen für Abtreibung und künstliche Insemination nach dem kommenden Strafrecht gefährdet, wenn es wohlhabenden Betroffenen möglich wäre, durch Tatortverlegung ins Ausland straflos zu bleiben[24], einmal, weil eine solche Tat damit für den Wohlhabenden risikolos würde, zum anderen, weil der weniger Begüterte in seinem Vertrauen auf gleiche Behandlung aller durch das Strafgesetz getäuscht und in seiner Neigung, es ebenfalls zu mißachten, bestärkt würde.

3. Schließlich läßt sich auch mit einiger Berechtigung die Ansicht vertreten, die *Strafrechtsordnung* könne ohne Umgehungsverbot und

20 v. Gleispach S. 277.

21 So Mannheim S. 211; er führt insbesondere an »betting and gambling laws, the commercial exploitation of the sex, taxation laws«.

22 Lange DStZ 1939 S. 673.

23 Mannheim S. 212, 214.

24 Amtl. Begründung zum Entwurf 1962, zu §§ 203, 140.

Umgehungsbekämpfung überhaupt nicht durchgesetzt werden[25]. Man wird zwar diese zu pointierte Meinung dahin modifizieren müssen, daß jedenfalls eine vollständige Durchsetzung ausgeschlossen ist. Aber gerade die vollständige Durchsetzung ist oberstes kriminalpolitisches Ziel. Ganz besonders in offensichtlichen und flagranten Fällen von Gesetzesumgehung macht die drückende Notwendigkeit einer wirksamen »defense sociale«[26] einen Schutz des Gesetzes vor Umgehungen unumgänglich. Andernfalls würde der zwingende Charakter der Strafnormen ausgehöhlt[27]. Somit ist im Hinblick auf die Geltungskraft des Strafgesetzes Umgehungsbekämpfung ein »Gebot der Selbsterhaltung«[28], und kriminalpolitisch nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar unerläßlich.

Die bisherigen Erörterungen haben erkennen lassen, daß der gesetzesumgehenden Handlung kriminalpolitische Gefährlichkeit zukommt, auch wenn sie nur in einzelnen flagranten Fällen auftritt, denn der Kern ihrer Gefährlichkeit, die offene Mißachtung des Gesetzes und des ihm vom Gesetzgeber beigelegten Sinnes und Zweckes, steckt in jeder einzelnen Handlung dieser Art und kann gefährliche Folgen auslösen.

§ 5 Der rechtsphilosophische Hintergrund der Umgehungsbekämpfung

Nicht allein kriminalpolitische Erwägungen lassen den Versuch einer Umgehungsbekämpfung notwendig erscheinen. Die Frage, Umgehungsbekämpfung oder nicht, rührt noch an andere, tiefer gehende Probleme des Rechts insgesamt und der Strafrechtsordnung im besonderen. Hier geht es um Sinn und Notwendigkeit der Strafe überhaupt, um die grundsätzliche Stellung der Rechtsordnung zur Gesetzesumgehung und um den Fundamentalgrundsatz der Gerechtigkeit.

I. Gesetzesumgehung und Sinn der Strafe

Sinn jeder Strafe ist ein Doppeltes: dem Täter soll für ein sozialwidriges Verhalten ein Übel auferlegt werden, das zur Sühne der schuldhaften Rechtsverletzung geeignet ist, gleichzeitig sollen er und andere vor neuen Taten dieser Art im Interesse des Schutzes der Rechtsordnung

25 So Rietzsch in Rietzsch-Peren-Schneider S. 256.
26 Ligeropuolo S. 328 spricht von »cas extrêmes«.
27 Römer S. 48, wenn auch nicht speziell für das Strafrecht.
28 So Walz S. 58.

abgeschreckt werden[29]. Maßstab für das Sühnebedürfnis ist die Strafwürdigkeit des Täters, Richtschnur für das Präventions- und Schutzbedürfnis seine in der Tat zutage getretene Gefährlichkeit[30].

1. Daß ein Umgehungsfall, bei dem ein Verbrecher geschickt durch die Maschen des Gesetzes schlüpft und doch Ziele erreicht, die die Strafrechtsordnung mißbilligt, nicht weniger strafwürdig erscheint als ein Tun, welches das Gesetz unmittelbar verletzt, meint jedenfalls das impulsive Rechtsgefühl[31], so wenig klar diese Vorstellung bleibt. Dem Sinne nach dasselbe ist gemeint, wenn im nationalsozialistischen Schrifttum vom »gesunden Volksempfinden« die Rede ist, »das jeden Versuch einer Gesetzesumgehung verurteilt und den Täter durch seine Verachtung brandmarkt«[32 33]. Unabhängig von solchen gefühlsbetonten Einstellungen läßt sich die *Strafwürdigkeit der Umgehungstat* aus zwei objektiven Merkmalen herleiten, die ihr wesensmäßig innewohnen. Einmal ist jede Umgehung ein Verstoß gegen den Sinn einer Strafnorm und führt zu Zielen, die der Gesetzgeber für strafwürdig erachtete. Zum anderen enthält die Gesetzesumgehung eine bewußte Mißachtung des Gesetzes, die aus sich selbst heraus schon strafwürdig erscheint.

An Strafwürdigkeit steht also die Umgehungshandlung der unmittelbaren Gesetzesverletzung nicht nach. Das Bedenken besteht darin, daß Umgehungsbekämpfung im Strafrecht immer auf eine gewisse Ausweitung des Strafrechtsbereichs hinauslaufen muß, also auf einen weiteren Eingriff in die Schutzsphäre des Bürgers. Läßt es dieser Gesichtspunkt nicht erträglich erscheinen, wenn gelegentlich auch ein strafwürdiger Täter freigesprochen wird[34]? Zumal wenn man bedenkt, daß bei jeder Ausdehnung des Strafrechtsbereichs immer wieder neue Grenzfälle auftreten, die anderen an Strafwürdigkeit nicht nachstehen[35]. Demgegenüber ist aber festzustellen, daß Gesetzesumgehung nur ein enges und relativ klar begrifflich umrissenes Gebiet herausgreift, das sich durch eine besonders gesteigerte Strafwürdigkeit von anderen Verhaltensweisen außerhalb des engeren Strafrechtsbereiches unterscheidet. Die un-

29 Zu den Theorien vom Sinn und Zweck der Strafe vgl. Schönke-Schröder Vorbem. vor § 13 mit weiteren Literaturnachweisen.

30 Auf eine genauere Unterscheidung im Sinne der Zweispurigkeit des Strafrechts kommt es hier nicht an.

31 Bruns S. 147, ähnlich Strauß S. 275.

32 Wacke S. 110, ähnlich Schäfer in Gürtner S. 201.

33 Ob die Bemerkung vom Brandmarken des Täters generell richtig ist, erscheint zweifelhaft; gerade bei besonders drückend empfundenen Belastungen pflegt jedenfalls das allgemeine Volksempfinden eher umgekehrt zu reagieren. Vgl. Vetsch S. 38.

34 So Schwander S. 49, ebenso Rittler S. 44.

35 Mayer, Gutachten S. 273 f.; Baumann A.T. S. 127.

umgängliche Ausdehnung würde also fest umgrenzt sein und keinen unverhältnismäßigen Eingriff bedeuten. Der fragmentarische Grundcharakter des Strafrechts bliebe in seinem Kern erhalten, nur gewisse Entartungserscheinungen könnten durch die Umgehungsbekämpfung erfaßt und mit der ihrer Strafwürdigkeit entsprechenden Strafe belegt werden. Mit dem Sinn der Strafe als Sühne für begangenen Rechtsbruch wäre also die Umgehungsbekämpfung durchaus vereinbar, ja sie würde ihr weit besser entsprechen als die Straflosigkeit des strafwürdigen Umgehungstäters.

2. Sieht man die Strafe unter dem Gesichtspunkt des *Schutzes der Rechtsordnung*, so ist zu sagen, daß ein vollständiger Schutz ohnehin unmöglich ist, daß aber die Umgehungsbekämpfung dieses Ziel ein gutes Stück näher bringen würde, insbesondere einem offensichtlichen Mißbrauch der Rechtsordnung entgegentreten könnte. Doch auch hier bedarf es einer Wertabwägung. Für das nationalsozialistische Schrifttum ist die Frage einfach zu lösen, »rücksichtsloser Schutz der Rechtsordnung, schonungsloser Kampf gegen die Verbrecher« lautet die Parole[36], die ihren besten Ausdruck findet in der Umwandlung der Feuerbachschen Parömie »nulla poena sine lege« in den Satz »nullum crimen sine poena«[37]. Der Schutz des einzelnen vor allzu weiten und unabsehbaren Eingriffsmöglichkeiten der Staatsgewalt gilt nichts gegenüber dem Schutz der Rechtsordnung und den Interessen der darin repräsentierten Volksgesamtheit. Der heutigen Auffassung vom Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft entspricht eine solche einseitige Betrachtung nicht mehr; die Freiheitssphäre des Bürgers gegenüber staatlichen Sanktionen hat wieder einen eigenen Wert gewonnen, der nur im Notfall dem Schutz der Rechtsordnung geopfert werden darf. Zugleich muß die Gemeinschaft vor sich selbst geschützt werden, vor einer Hypertrophie des Strafrechts[38], die im Ergebnis nur dessen Schutzfunktion mindern würde[39]. Mit Recht hat aber Mannheim[40] dargelegt, daß gesetzesumgehendes Verhalten »a state of emergency«, eine notstandsähnliche Situation hervorzurufen in der Lage ist. Unter diesem Gesichtspunkt wäre also für den speziellen Bereich menschlichen Verhaltens ein Eingriff in die Freiheitssphäre zu rechtfertigen, zumal dann, wenn zugleich ein gewisser Mißbrauch dieser Sphäre gegeben ist. Insoweit ist

36 Zitiert nach Rittler S. 40; in diesem Sinne Finger GS 105 S. 97.
37 Dazu vgl. Schäfer in Gürtner S. 200 ff., Frank StGB Nachtrag 1936 § 2 Abs. I.
38 Eb. Schmidt S. 84; ähnlich Krebs S. 28.
39 Mayer, Gutachten S. 260.
40 AaO S. 214.

der Schutzfunktion des Strafrechts der Vorzug einzuräumen. Auch mit dem Sinn der Strafe als Schutzmittel der Rechtsordnung ist die Umgehungsbekämpfung im Strafrecht also vereinbar, ohne daß dabei vergessen werden dürfte, daß sie mit Rücksicht auf den Schutz des Einzelnen nicht mehr sein darf als ein Notbehelf[41], ein notwendiges Übel.

3. Noch ein letzter Gesichtspunkt soll erwähnt werden, auf den Ligeropuolo[42] aufmerksam gemacht hat. Die Frage der Umgehungsbekämpfung berührt auch das *Verhältnis von Strafrecht und Moral*, ja hängt im Ergebnis sogar von der Einstellung ab, die man im Hinblick auf die »Moralisierung des Rechts« einnimmt. Sieht man eine Gefahr darin, das Sittengesetz zur Ausfüllung der positiven Normen im Einzelfall heranzuziehen, und befürchtet man eine »moralisierende Justiz«[43], so wird man dazu neigen, den Gedanken der Umgehungsbekämpfung als Rückgriff auf die Sittenwidrigkeit für das Strafrecht von vorneherein abzulehnen. Andererseits läßt es sich vertreten, dem Strafrecht eine gewisse erzieherische Aufgabe zuzusprechen[44], die es rechtfertigen könnte, gegen ein Verhalten vorzugehen, das »von Sitte und Rechtsempfinden verurteilt wird«[45]. Gerade weil Gesetzesumgehung im Strafrecht, anders als vielleicht in anderen Rechtsgebieten[46], eine ethische Mißbilligung erfährt, liegt es nahe, auch ihre Bekämpfung mit den Mitteln des Strafrechts zu versuchen, denn in seiner Wurzel geht doch das Strafrecht auf eine Ordnung zurück, die, wie der Dekalog, primär sittlicher Natur ist. Jedenfalls läßt sich ein entscheidender Gesichtspunkt gegen die Umgehungsbekämpfung aus dem Verhältnis von Strafrecht und Moral nicht ableiten.

II. Gesetzesumgehung und Bestandskraft der Rechtsordnung

Zu den Auswirkungen des gesetzesumgehenden Verhaltens auf den *Bestand der Rechtsordnung und ihre Durchsetzbarkeit* wurde schon aus kriminalpolitischer Sicht Stellung genommen[47]. Hier ist mit dem Blick auf die Strafrechtsordnung als rechtstheoretischer Wert noch einiges nachzutragen. Die Autorität jeder Rechtsordnung wird aufs Spiel ge-

41 So für die Steuerumgehungslehre Becker § 5 RAO, Anm. 2.
42 AaO S. 10.
43 So mit Nachdruck Eb. Schmidt DRiZ 1962 S. 401 ff.
44 v. Gleispach S. 277.
45 Schäfer in Gürtner S. 201.
46 Vgl. Hensel S. 229 für das Steuerrecht.
47 Vgl. oben S. 40 f.

setzt, wenn man auch nur einzelne Normen ungestraft vereiteln dürfte[48], denn sie verliert einen Teil ihrer Glaubwürdigkeit und sittlichen Bindungskraft gegenüber den Rechtsunterworfenen[49], sobald sie sich solchen Umgehungsversuchen gegenüber gewollt oder ungewollt hilflos erweist. So heißt es schon bei Montesquieu[50]:

»Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation.«

Noch schärfer meint Vetsch[51], daß Gesetzesumgehung einen Weg eröffne, auf dem die Kraft des Gesetzes ganz gebrochen werden könne, dadurch, daß das Gesetz in seinem Innersten getroffen wird, seinem Zweckbestreben. Dabei liegt die besondere heimtückische Kraft der Gesetzesumgehung, wie schon Kant[52] betont, darin, daß sie das Gesetz übertritt, »ohne ihm förmlich den Gehorsam aufzukündigen«. Aus diesen Gründen ist der Kampf gegen die Gesetzesumgehung eine unerläßliche Stütze zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung[53]. Auch das Strafrecht als Teilbereich der Gesamtrechtsordnung bedarf dieser Hilfe zu seiner Selbsterhaltung und zur Sicherung des Rechts[54].

III. Gesetzesumgehung und Gerechtigkeitsprinzip

1. Nachdem bisher aus dem Sinn der Strafe und der Bestandsnotwendigkeit der Rechtsordnung Gründe zur Rechtfertigung der Umgehungsbekämpfung im Strafrecht zusammengetragen wurden, soll nun noch das Verhältnis der Gesetzesumgehung zum *Fundamentalgrundsatz* des Strafrechts, *der Gerechtigkeit*, näher beleuchtet werden. Jedes Übel, das im Strafrecht einem Menschen auferlegt wird, muß in diesem Prinzip wurzeln, muß eine gerechte Sühne, eine angemessene Vergeltung, eine zweckentsprechende Schutzmaßnahme für ein begangenes Unrecht darstellen[55]. Umgekehrt muß aber dann auch jede Tat, die mit den Mitteln des Strafrechts bekämpft werden soll, Unrecht sein, also die

48 So für das Zivilrecht Römer S. 49, ähnlich Maday S. 91.

49 Auch wenn man nicht so weit gehen will wie Carl Schmitt S. 62, der annimmt, der Rechtsstaat werde dadurch zum Gespött.

50 L'esprit des lois Kap. 16 Buch 29.

51 AaO S. 12.

52 Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre S. 179.

53 Pfaff S. 161, ähnlich Lange DStZ 1939 S. 673.

54 Walz S. 58.

55 Zu der hier vertretenen »Gerechtigkeitstheorie« vgl. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre 3. Aufl. 1955, S. 7.

Sanktion verdienen. Formell entspricht jede gesetzesumgehende Handlung dem Recht, denn sie vermeidet bewußt eine Kollision mit dessen Normen, balanciert vielmehr auf der Grenzscheide von Tatbestand und noch straflosem Unrecht[56]. Schon der Begriff Umgehung läßt aber erkennen, daß solche Handlungen die Mißbilligung der Gemeinschaft[57] und des Rechtsgefühls des einzelnen finden; ebenso wurde bereits gesagt, daß diese Mißbilligung, anders als etwa im Steuerrecht, ethischer Natur ist[58]. Der Unwert der Gesetzesumgehung geht aber darüber hinaus, denn sie *benutzt das formelle Recht als Mittel, um,* wie Terstegen[59] mit Recht ausführt, *»materiell Unrecht zu begehen«.* Die Bekämpfung der Gesetzesumgehung hätte also zum Ziel, der Idee der materiellen Gerechtigkeit zum Siege über die lediglich formale Gerechtigkeit zu verhelfen[60]. Sie will über die in einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung zum Ausdruck gekommene und sich darin erschöpfende Gerechtigkeit hinaus dem wahren Unwert gesetzesumgehenden Handelns die verdiente, gerechte Strafe zuordnen. Daß dies der Idee der Strafe ebenfalls entspräche, ist offensichtlich, auch daß solch ein Durchbruch wahrer Gerechtigkeit gegenüber formalen Erwägungen zu dem in der Einleitung geschilderten Zug der Zeit zur Abkehr von positivistischer Strenge und zur Mißachtung der Form allgemein passen würde, braucht nicht besonders betont zu werden. Somit findet die Umgehungsbekämpfung im Strafrecht ihre Rechtfertigung auch und gerade im strafrechtlichen Grundprinzip der materiellen Gerechtigkeit.

2. Auch mehr *formell,* im Verhältnis mehrerer Rechtsunterworfener zueinander gesehen, deckt sich die Gerechtigkeitsidee unter dem *Aspekt der Gleichheit*[61] mit der der Umgehungsbekämpfung. Der Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Strafgesetz würde aufs Spiel gesetzt[62], ließe man die Vereitelung von Sinn und Zweck einer Norm ungeahndet, während die direkte Verletzung bestraft werden würde. Denn unmittelbarer Verstoß ebenso wie umgehende Tatbestandsvermeidung sind materielles Unrecht. Gleichzeitig würde man sozialer Ungerech-

56 v. Gleispach S. 277.

57 Wilke S. 113.

58 Vgl. Hensel S. 229.

59 AaO S. 106.

60 Frank Nachtrag zu § 2 Abs. I StGB; vgl. auch Jagusch LK § 2 Anm. I 1 a.

61 Mit diesem Gesichtspunkt arbeitet vor allem die steuerrechtliche Literatur, vgl. Hübschmann-Hepp-Spittaler § 6 StAnpG Anm. 4; Becker § 5 RAO Anm. 2; BFH BStBl 1958 III S. 97.

62 Römer S. 49 vertritt diesen Gedanken für das allgemeine Recht der Umgehung, er paßt aber auch auf das Strafrecht.

tigkeit[63] Vorschub leisten, dadurch, daß es die lückenhafte Rechtsordnung dem Begüterten ermöglichte, unter Einsatz erheblicher Kosten und Mittel der Strafsanktion zu entgehen, ohne aber auf die von ihr mit Strafe bedrohten Ziele verzichten zu müssen, während dem weniger Begüterten zum gleichen Ziel nur der direkte Verstoß gegen das Gesetz bliebe.

Der Sinn der Strafe, der Bestandswert der Rechtsordnung und das Grundprinzip der Gerechtigkeit in seinen Ausprägungen haben also der Umgehungsbekämpfung eine rechtstheoretische Rechtfertigung gegeben. Umgehungsbekämpfung ist also notwendig, erwünscht, sinnvoll, sittlich wertvoll, gerecht, – mehr ist damit nicht gesagt. Bewußt ist die große Frage der Rechtssicherheit und ihrer positiven strafrechtlichen Ausprägung im Grundsatz »nulla poena sine lege« hier beiseitegelassen worden. An dieser Stelle sollte nur alles das zusammengetragen werden, was für die Bekämpfung der gesetzesumgehenden Handlung im Strafrecht angeführt werden könnte. Das Ergebnis ist eindeutig: eine Bekämpfung wäre unter allen Gesichtspunkten gerechtfertigt. Ob sie aber auch unter den besonderen Voraussetzungen des Strafrechts zulässig ist, diese Frage bleibt im dritten und vierten Teil der Arbeit noch zu beantworten.

63 Römer aaO; vgl. auch oben S. 40.

3. Abschnitt
Möglichkeiten rechtsstaatlicher Umgehungsbekämpfung

§ 6 Das unumgehbare Strafgesetz

I. Das kasuistisch umfassende Strafgesetz

Die naheliegendste und auf den ersten Blick einfachste Möglichkeit zur restlosen Bekämpfung gesetzesumgehenden Verhaltens wäre die Schaffung unumgehbarer Strafnormen durch den Gesetzgeber. Ein solches Verfahren würde aber dem Wesen des Strafrechts völlig widersprechen. Das Strafrecht greift nur punktuell »wenige und besonders typische der vielen sozialschädlichen Handlungen«[1] heraus und bedroht sie mit Strafe. Ein unumgehbares Strafgesetz müßte aber *kasuistisch* alle nur irgend denkbaren Sachverhalte aufführen, die es seinem Sinne nach noch erfassen will, so daß jede Handlung außerhalb der Kasuistik nicht mehr dem Normzweck widersprechen würde und deshalb nach der oben entwickelten Definition auch keine Umgehung wäre. Ein solches Gesetz würde zwar dem Lückenlosigkeitsdogma des Positivismus[2] entsprechen, ließe sich aber mit der Natur des Strafrechts als »gewachsenem Recht«[3] nicht vereinbaren.

Auch die *Gesetzestechnik* würde ein Gesetz dieser Art vor unlösbare Aufgaben stellen. Selbst der beste und weitsichtigste Gesetzgeber ist nie in der Lage, alle Gegebenheiten und Probleme, die sich bei der Rechtsanwendung irgendeinmal ergeben können, vorauszusehen[4]. Das Leben ist zu reich und vielseitig, als daß alle seine Wege von vorneherein überschaubar wären[5], vor allem aber zu wandelbar, um im günstigsten Falle mehr als nur eine momentane Ausschlußwirkung zu erzielen. »Perplexity and tempo of modern life«[6] müssen selbst einen ideal gedachten Gesetzgeber an dieser Aufgabe scheitern lassen, um so mehr die langsame und schwerfällige Maschinerie des modernen demokratischen Staates[7]. Sobald aber die allzu eingehende gesetzliche Formu-

1 Baumann A.T. S. 135.

2 Vgl. Carl Schmitt S. 59; daß dieser Lückenlosigkeitsglaube überwunden ist, ist allgemeine Meinung, dazu Schwander S. 44.

3 Baumann aaO.

4 Hafter S. 134; Baumann aaO.

5 So die Amtl. Begründung zur Einführung von § 2 n. F. in RGBl 1935 I S. 839.

6 Mannheim S. 206.

7 Kottke S. 166, ähnlich Heck S. 173.

lierung doch lückenhaft ist, wird der Anreiz und die Möglichkeit, die sie zur Umgehung bietet, nur noch größer[8], bleibt der Gesetzgeber dem findigen Umgeher gegenüber doch machtlos.

II. Das generalklauselartig umfassende Strafgesetz

Wollte der Gesetzgeber den Versuch kasuistischer Kleinarbeit nicht unternehmen, dann bliebe als zweite Möglichkeit die, Strafgesetze so weit zu fassen, daß alle Umgehungen unter ihre Tatbestände sich subsumieren ließen. Gesetzestechnisch wäre dieses Problem durchaus lösbar. Der Gesetzgeber neigt ja ohnehin dazu, auf allen Rechtsgebieten durch unbestimmte *Generalklauseln,* »die auf die in der Normierung selbst enthaltene gesetzgeberische Dezision verzichten«[9], sich die Mühe zu sparen, eine spezielle, eigene Entscheidung über den Anwendungsbereich seiner Normen zu treffen[10]. Daher läge es nahe, auch im Strafrecht mit den gleichen Mitteln zu arbeiten.

Zwei entscheidende Bedenken müßten allerdings gegen dieses Verfahren zur Erfassung von Umgehungshandlungen erhoben werden. Einmal das *rechtsstaatliche Bedenken,* daß solche Tatbestände mit dem Wesenszug jedenfalls des liberalen Strafrechts, der staatlichen Strafgewalt eine »unübersteigbare Schranke«[11] zu setzen, insbesondere aber mit dem grundgesetzlich festgelegten Bestimmtheitsgrundsatz kaum vereinbar wären[12]. Denn sie müßten, um ihr Ziel zu erreichen, so allgemein und unscharf abgefaßt werden[13], daß niemand mehr ihre Anwendbarkeit im Einzelfall vorhersagen könnte. In diesem Zusammenhang aber durchschlagender ist das zweite Bedenken, daß der Gesetzgeber mit solchen strafrechtlichen Tatbeständen über das gesetzte Ziel hinausschießen würde. Denn zwangsläufig müßte eine begrifflich so weit gehaltene Norm auch Verhaltensweisen erfassen, die gar keine Umgehungen mehr darstellen und so wesentlich weniger strafwürdig

8 Wie sich bei § 5 RAO 1919 erwiesen hat; vgl. Hensel S. 276, Kottke S. 166; vgl. dazu auch Mannheim S. 202, wo ausgeführt ist:
»the opposite extreme of making the definitions in criminal statutes as detailed and narrow as possible has had very disappointing results and has in fact only encouraged evasions.«

9 Vgl. Carl Schmitt S. 58.

10 Vgl. Mayer, Gutachten S. 172.

11 v. Liszt, Strafr. Aufsätze und Vorträge II, 1905, S. 80.

12 Darauf soll an dieser Stelle noch nicht genauer eingegangen werden, die Frage wird im Zusammenhang mit der Gültigkeit von Umgehungsgesetzen noch eine entscheidende Rolle spielen.

13 Mannheim S. 204 spricht mit Recht von »broad and nebulous terms«.

und gefährlich sind. So stünde dann der Gesetzgeber vor der *umgekehrten Schwierigkeit*, dem Vorwurf der Vielstraferei[14] auszuweichen und die Anwendung der umgehungssicheren Normen auf Umgehungen zu beschränken. Auch dieser Weg ist also nur schwer gangbar.

§ 7 Umgehungsinstitut und Umgehungsgesetz

Das unumgehbare Strafgesetz hat sich unter der gegebenen strafrechtlichen und allgemein-rechtsstaatlichen Ordnung nicht als brauchbare Einrichtung erwiesen, der Gesetzesumgehung im Rahmen des Strafrechts entgegenzuwirken. *Das Ziel des Umgehungsgedankens, die Umgehungsbekämpfung, kann somit nur noch auf zwei Wegen erreicht werden, nämlich entweder durch ein allgemeines Rechtsinstitut »Gesetzesumgehung« oder durch Umgehungsstrafgesetze.* Die rechtliche Würdigung beider Wege ist die eigentliche Aufgabe dieser Arbeit und muß später noch eingehend erfolgen. An dieser Stelle soll nur ganz kurz darauf eingegangen werden, um den Platz beider Wege im Rahmen der zur Verwirklichung des Umgehungsgedankens für das Strafrecht notwendigen und möglichen Schritte erkennen zu lassen und zugleich zu zeigen, daß damit das logische Ende der Umgehungslehre erreicht ist, über das hinaus auch der Gesetzgeber nicht gehen kann.

I. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung

Gesetzesumgehung als Rechtsinstitut[15] wurde am Anfang dieses Abschnitts dahingehend begrifflich gekennzeichnet, daß es eine Aussage über die Rechtsfolge gesetzesumgehenden Handelns macht. Inzwischen hat sich als einzig gangbarer Weg zur Verwirklichung des Umgehungsgedankens im Strafrecht für den Regelfall die Gleichstellung des gesetzesumgehenden Verhaltens mit der direkten Gesetzesverletzung erwiesen. Damit ist die bisher noch offengelassene Rechtsfolge ermittelt. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung besagt also, daß eine gesetzesumgehende Handlung wie eine gesetzesverletzende rechtlich zu

14 H. Mayer, Gutachten S. 260; Eb. Schmidt, Wirtschaftsstrafrecht S. 84.

15 Zum Institutionalisierungsgedanken im Recht vgl. Meyer-Ladewig, Zur Problematik des institutionellen Denkens im Zivilrecht, ungedr. Hamburger Diss. 1959 u. MDR 1962 S. 262; in diesem streng pointierten Sinne soll hier aber der Begriff nicht gebraucht werden. Gemeint ist damit lediglich im wörtlichen Sinne Rechtseinrichtung. Zur Institutsbildung im Recht zuletzt Larenz NJW 1965 S. 1 ff.

behandeln ist; es ist eine ungeschriebene strafrechtliche Einrichtung, die an ein bestimmtes »tatbestandlich« fixiertes Geschehen eine strafrechtliche Rechtsfolge knüpft, wie ähnlich etwa der übergesetzliche Notstand[16], das unechte Unterlassungsdelikt[17], das sozialadäquate Verhalten[18] und andere Institute mehr. Diese Zusammenhänge sollen folgende Beispiele verdeutlichen:

Wer zur Abwehr einer unmittelbaren Gefahr für ein Rechtsgut eine tatbestandsmäßige Handlung vornimmt, die das richtige Mittel zum berechtigten Zweck ist[19],

(»tatbestandliche« Voraussetzung)

handelt nicht rechtswidrig.

(Rechtsfolge des übergesetzlichen Notstands)

Wer den Tatbestand eines Strafgesetzes künstlich durch eine Handlung vermeidet, die gegen den Sinn dieses Gesetzes verstößt,

(»tatbestandliche« Voraussetzung)

wird behandelt, als hätte er den Tatbestand erfüllt[20].

(Rechtsfolge der Gesetzesumgehung)

Stellung und Wert dieses Rechtsinstituts Gesetzesumgehung im Strafrechtssystem ist im dritten Teil der Arbeit zu untersuchen.

II. Das Umgehungsstrafgesetz

1. Das Umgehungsstrafgesetz ist nichts anderes als eine positive gesetzliche Normierung des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung für einen größeren oder kleineren Bereich der Strafrechtsordnung. Es handelt sich dabei um ein *gewöhnliches Strafgesetz,* das an eine gesetzesumgehende Handlung als Merkmal des objektiven Tatbestands als Rechtsfolge eine Strafe oder Geldbuße knüpft. Dies läßt sich gut bei einem Vergleich eines Umgehungsstrafgesetzes mit einem benachbarten gewöhnlichen Strafgesetz feststellen:

Wer zum eigenen Vorteil .... bewirkt, daß Steuereinnahmen verkürzt werden,

(Tatbestand der Strafnorm § 396 Abs. I RAO)

wird wegen Steuerhinterziehung .... bestraft.

(Rechtsfolge der Tatbestandserfüllung)

16 Vgl. dazu Eb. Schmidt, Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand ZStW 49 S. 350; Wachinger, Frank-Festgabe I S. 469 ff.

17 Vgl. neuestens Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte 1959.

18 Dazu Welzel LB S. 50 ff.

19 Formulierung in Anlehnung an Welzel LB S. 82.

20 Ein ähnliches Beispiel ließe sich für die »Erschleichungsfälle« bilden.

Eine Steuerumgehung
(Tatbestand der Umgehungsstrafnorm § 396 Abs. IV RAO)
ist .... als Steuerhinterziehung strafbar ....[21]
(Rechtsfolge der Tatbestandserfüllung)

Der Begriff »umgehen« ist dabei im Sinne der oben entwickelten Definition der gesetzesumgehenden Handlung zu verstehen, es sei denn, der Gesetzgeber definiert das Merkmal für den betreffenden Rechtsbereich ausdrücklich selbst anders, wie es für das angeführte Beispiel in § 6 Steueranpassungsgesetz geschehen ist.

2. *Zum Rechtsinstitut Gesetzesumgehung* kann sich für das Umgehungsstrafgesetz ein *Unterschied* vor allem in der Rechtsfolge ergeben. Während ersteres auf die Gleichstellung gesetzesumgehenden Verhaltens mit einer unmittelbaren Verletzung der umgangenen Norm beschränkt ist, kann das Umgehungsstrafgesetz statt dessen auch selbständig die gleiche oder eine andere Sanktion verhängen[22] oder der Gleichstellung eine Modifizierung anfügen. Die Möglichkeiten zur Bekämpfung der strafrechtlichen Gesetzesumgehung sind also bei Anwendung einer Umgehungsstrafnorm differenzierter, besonders ihre Präventionswirkung kann wesentlich erhöht werden, wenn eine Umgehung sogar schärfere Bestrafung auslöst als ein unmittelbarer Gesetzesverstoß.

3. *Gegenüber dem unumgehbaren Strafgesetz* besteht noch ein besonderer *Vorzug*. Das Umgehungsstrafgesetz dehnt den Strafbarkeitsbereich nicht zu weit in den straffreien Raum hinein aus, sondern erfaßt nur speziell gesetzesumgehende Handlungen im eigentlichen Sinne, während sich für das unumgehbare Strafgesetz immer die Frage nach der Einschränkung seiner Wirkung auf Umgehungen stellt, wenn nicht einer Hypertrophie des Strafrechts das Wort geredet werden soll. Deshalb erscheint das Umgehungsstrafgesetz zur Verwirklichung des Zieles des Umgehungsgedankens im Strafrecht besonders geeignet. Der Prüfung von Struktur und Rechtsgültigkeit solcher Normen ist der vierte Teil der Arbeit gewidmet.

21 Die weggelassenen Teile der Vorschriften interessieren hier nicht.
22 Vgl. etwa § 38 Abs. II S. 2 GWB.

Zweiter Hauptteil

Entwicklung und heutiger Stand des Umgehungsgedankens

Nachdem bisher eine begriffliche und rechtstheoretische Klärung des Problems der Gesetzesumgehung im Strafrecht versucht wurde, soll nun, ehe die gewonnenen abstrakten Erkenntnisse in die Rechtswirklichkeit gegenwärtiger Strafrechtsdogmatik umgesetzt werden, ein Blick auf die Entwicklung des Umgehungsgedankens im Strafrecht geworfen[1] sowie, im Sinne einer Standortmessung, die Stellung des gegenwärtigen Gesetzgebers, des Entwurfs und der Literatur zur Gesetzesumgehung im Strafrecht umrissen werden.

I. Geschichte der Umgehungsstrafgesetze

1. Die ältesten strafrechtlich relevanten Umgehungsnormen finden sich schon im römischen Recht und betreffen das materielle Strafrecht[2] wie das Strafprozeßrecht[3]. Auch im Mittelalter lassen sich vereinzelte Quellen im materiellen Recht feststellen[4]. Seit dem 17. Jahrhundert beschäftigte sich die Gesetzgebung häufig mit dem Problem der Umgehung territorial begrenzter Strafnormen aller Art, also nach heutigem Sprachgebrauch mit dem Bereich des *internationalen Strafrechts*[5]. Die Entwicklung nahm ihren Ausgang bei den sog. Duellmandaten[6], deren Zweck es war, im Ausland ausgefochtene Duelle dem inländischen, territorial beschränkten Strafrecht zu unterstellen. Selbst in das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 wurde in II, 20, § 678 eine derartige Bestimmung aufgenommen:

> »Wenn Inlander sich zu einem außer Landes zu haltenden Zweikampfe bestellen, so wird derselbe, ob er schon auswärts vorgefallen ist, dennoch gleich einem innerhalb des Landes vollzogenen Duell geahndet.«

Im Laufe des 18. und 19. Jahrhunderts[7] dehnte sich die bisher auf den engen Bereich der Duellbekämpfung begrenzte gesetzgeberische

1 Eine eingehendere Darstellung der Geschichte des Umgehungsgedankens bleibt einer gesonderten Veröffentlichung vorbehalten.

2 Vgl. Livius VII. Buch Kap. 16; c 5 de leg 1, 14; Gaius I, 46 (zit. n. Pfaff S. 105, 167).

3 D. 48. 2. 1. 12.

4 Vgl. Vetsch S. 30.

5 Zu einer materiellen Norm im Basler Stadtrecht Vetsch S. 31.

6 Franz. Duelledikt von 1643; Reichsgutachten von 1668; Brandenburgisches Duellmandat von 1713 (zit. nach v. Weber S. 270).

7 Vgl. auch Art. 4 § 8 const. crim. Theresiana von 1768.

Praxis auf das internationale Strafrecht im ganzen aus und entwickelte ein Anknüpfungsmerkmal eigener Art im Grundsatz des »in fraudem legis agere«[8].

Im 19. Jahrhundert finden sich erstmals Umgehungsbestimmungen, die unmittelbar die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit berühren, und zwar auf einzelnen Nebengebieten wie im Postgesetz von 1871, dessen § 27 Abs. I lautet:

»Mit .... wird bestraft ....

4) wer Briefe oder andere Sachen zur Umgehung der Portogefälle einem Postbeamten oder Postillion zur Mitnahme übergibt.«

Wahrscheinlich machte sich der damalige Gesetzgeber über die Bedeutung einer solchen Norm für das Strafrecht keine weiteren Gedanken, sondern formuliert sie so rein aus fiskalischen Zweckmäßigkeitsgründen, um das Postmonopol weitmöglichst zu sichern[9].

Eine gesetzestechnische Revolution bedeuteten dann die die *Steuerumgehung* betreffenden Vorschriften der Reichsabgabenordnung von 1919. In § 5 wurde allgemein für alle Steuerarten der Begriff der Steuerumgehung bestimmt, in § 359 Abs. IV die Strafbarkeit der Steuerumgehung in einzelnen Fällen angeordnet. Dort heißt es:

»Eine Steuerumgehung ist nur dann als Steuerhinterziehung strafbar, wenn die Verkürzung der Steuereinnahmen oder die Erzielung ungerechtfertigter Steuervorteile dadurch bewirkt wird, daß der Täter vorsätzlich Pflichten verletzt, die ihm im Interesse der Ermittlung einer Steuerpflicht obliegen.«

Die praktische Bedeutung der Vorschrift erwies sich in der Folgezeit als nicht so groß, ihre Konsequenzen für die Freiheit in der wirtschaftlichen Gestaltung waren nicht so weitreichend, wie man zunächst angenommen hatte. Immerhin war aber damit ein Vorbild für die kommende gesetzgeberische Praxis geschaffen.

2. Die Gesetzgebung des »Dritten Reiches« brachte innerhalb weniger Jahre eine Flut von Umgehungsgesetzen zustande, die ihren Ausgang von dem systementsprechenden Bestreben nahmen, möglichst alle Lebensbereiche möglichst umfassend zu ordnen. Zu diesem Zweck wurde ein Netz von engmaschigen Bestimmungen geflochten, das durch eine angefügte Umgehungsformel noch eine zusätzliche Absicherung erfuhr[10].

8 So in Art. 10 Abs. II Bayr. StGB von 1861; § 4 Dänisches StGB von 1866; § 16 Nr. 5 StGB des Staates New York.

9 Ähnlich § 5 eines österreichischen Gesetzes von 1877 (RGB Nr. 67) zum Wechselrecht.

10 Dazu ablehnend besonders Krebs S. 28.

Die angedeutete Entwicklung nahm ihren Anfang in Vorschriften, die im Zuge der Verwirklichung der nationalsozialistischen Rassenlehre erlassen wurden und das Gebiet des *internationalen Strafrechts* betrafen. Für den Umgehungsgedanken im Strafrecht sind diese Vorschriften, trotz ihres oft absurden und unmenschlichen Charakters, auch heute noch von Bedeutung, weil sich an ihren Erlaß eine eingehende Diskussion in Lehre und Rechtsprechung anschloß. Die wichtigste Bestimmung, § 1 Blutschutzgesetz[11], lautete:

»Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes sind verboten. Trotzdem geschlossene Ehen sind nichtig, auch wenn sie zur Umgehung dieses Gesetzes im Ausland geschlossen sind.«

Für Zuwiderhandlungen gegen § 1 war in § 5 Abs. I Zuchthausstrafe angedroht[12].

Domäne des Umgehungsgedankens aber wurde und blieb das *Wirtschaftsrecht*[13], das Spezialnormen zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung in solcher Fülle und Vielfalt lieferte, daß eine annähernd vollständige Aufzählung kaum möglich erscheint[14]. Gesetzgebungstechnisch sind diese Vorschriften weitgehend ähnlich gefaßt[15]. Als Beispiel soll § 1 der PreisstrafrechtsVO[16] dienen:

»(1) Wer den Vorschriften oder Anordnungen des Reichskommissars für die Preisbildung oder der von ihm mit der Preisbildung beauftragten Stellen vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt, wird mit Gefängnis oder Geldstrafe oder einer dieser Strafen bestraft.

(2) ...

11 RGBl. 1935 I S. 1146.

12 Ähnlich §§ 3, 4 Ehegesundheitsgesetz RGBl. 1935 I S. 1246.

13 Mit Randgebieten, vgl. § 6 Abs. II Ges. über die Verhütung mißbräuchlicher Rechtsberatung RGBl. 1935 I S. 1478.

14 Zum Ganzen Siegert S. 34 und passim; vgl. etwa:
§ 6 Pers.Bef.Gesetz RGBl. 1934 I S. 1217.
§ 4 Güterfernverk.Gesetz RGBl. 1935 I S. 788.
§ 2 VO über die Preise von Silber RGBl. 1936 I S. 881.
§ 2 PreisstoppVO RGBl. 1936 I S. 955.
§ 5 VO über die Verbilligung von Stickstoff- und Kalidüngemittel RGBl. 1937 I S. 376.
§ 11 Lederpreis VO RGBl 1937 I S. 553.
§ 9 VO über die Versicherung von Kfz RGBl 1938 I S. 200.
§ 12 Gesetz ü. d. Versteigerungsgewerbe RGBl. 1938 I S. 202.
§ 17 PreisregelungsVO d. Energiewirtschaft RGBl. 1938 I S. 915.
§ 3 VO über Wochenschaupreise RGBl. 1938 I S. 1520.
§ 2 VO über den Verkehr mit Schmierölen RAnz. 1938 Nr. 3.
§ 149 Schlachtviehmarkt VO RNVBl. 1938 I S. 702.

15 Abweichungen im Einzelfall haben meist mehr zufälligen als gewollten Charakter, vgl. Siegert S. 34.

16 Vom 1. 7. 1939 (RGBl. 1939 I S. 999).

(3) Als Zuwiderhandlung gilt auch jede Handlung, durch die die Vorschriften oder Anordnungen unmittelbar oder mittelbar umgangen werden.«

Die Rechtsentwicklung der damaligen Zeit läßt sich als ein Höhepunkt der positiven Behandlung des Umgehungsgedankens im Strafrecht bezeichnen, gleichzeitig zeigt sie seine Grenzen auf. Die Anwendung des Gedankens für die Zwecke einer widersinnigen Rassenpolitik und zur Durchsetzung eines totalitären Wirtschaftssystems sind geeignet, ihn ad absurdum zu führen und stellen einen Mißbrauch des Umgehungsgedankens dar[17].

II. Positive Anhaltspunkte im geltenden Recht

Im geltenden Strafgesetzbuch findet sich der Begriff »umgehen« nirgends ausdrücklich genannt, wenn sich auch einige Bestimmungen oder Teile davon so verstehen lassen, als sollten sie bestimmte Gesetzesumgehungen verhindern und im Falle des Zuwiderhandelns strafrechtlich erfassen. So könnte man in § 315 Abs. I Ziff. 4 StGB statt »einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vornimmt« lesen »die genannten Eingriffe umgeht«, ohne die Anwendbarkeit der Vorschrift wesentlich zu beeinflussen[18]. Ebensowenig enthält *der Entwurf* ausdrückliche Umgehungsnormen. Allerdings sind eine Reihe von Vorschriften bewußt deshalb geschaffen oder so gefaßt worden, um Gesetzesumgehungen strafloser Art unmöglich zu machen. So finden sich in § 5 Fälle, in denen entgegen dem vom Entwurf wieder eingeführten Territorialprinzip das deutsche Strafrecht für Auslandstaten gilt[19], nämlich

»wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist und (oder) im Inland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat«.

Wie die Begründung zum Entwurf darlegt, wurde in diesen Fällen die Vorschrift so gefaßt, um der Gefahr von Gesetzesumgehungen entgegenzuwirken[20]. Dabei geht die Bedeutung der Normen allerdings über den Bereich der Gesetzesumgehung im engeren, oben definierten Sinne hinaus, denn auf das subjektive Moment der Umgehungsabsicht

17 Vgl. Krebs S. 28.

18 Ähnlich lauten § 259 StGB, § 42 Atomgesetz.

19 So Abs. I Ziff. 6, Ziff. 13; Abs. II.

20 Vgl. Begründung zu § 140 E 1962 (Abtreibung), wo auf die Gefahr hingewiesen wird, daß wohlhabende Beteiligte für ihre Tat das Ausland wählen; ähnlich § 203 E 1962, wo auf den kriminalpolitischen Erfolg der Strafdrohung abgestellt wird, der ohne Umgehungsschutz gefährdet wäre.

wird nirgends abgestellt, so daß auch Straftaten bei zufälligem Aufenthalt im Ausland verfolgt werden können. Soweit lediglich auf den Inlandswohnsitz abgestellt ist, werden im gleichen Umfang auch Umgehungshandlungen von Ausländern erfaßt[21]. Neben solchen, einer Umgehungsnorm ähnlichen Vorschriften des internationalen Strafrechts enthält der Entwurf auch materielle Bestimmungen, die dem oben erwähnten § 315 Abs. I Ziff. 4 StGB nachgebildet sind[22].

In strafrechtlichen Nebengesetzen finden sich häufiger ausdrückliche oder verschlüsselte Umgehungsstrafnormen, die teilweise noch aus der nationalsozialistischen Zeit in ihrer gegenwärtigen Fassung stammen oder auf noch ältere Vorbilder zurückgehen, so

§ 396 Abs. IV RAO auf § 359 Abs. IV RAO 1919,
§ 402 Abs. II RAO auf § 367 Abs. II RAO 1919,
§§ 5, 99 GüKG 1952 auf §§ 4, 37 GüFG 1935,
§§ 6, 60 PBefG 1961 auf §§ 6, 40 PBefG 1937,
§ 38 Abs. II S. 2 GWB auf Art. VII, VIII des Ges. Nr. 53 der Militärregierung.

Unverändert gelten noch:

§ 27 Abs. I, 4 PostG 1871,
§§ 6 Abs. II, 8 Ges. ü. d. Verhütung mißbräuchl. Rechtsberatung.

Alle diese Bestimmungen verhängen im Zusammenhang mit Umgehungen Strafen. Auf ihre Struktur und Verschiedenartigkeiten soll an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden. Der Überblick läßt erkennen, daß im Augenblick die Zahl solcher Umgehungsbestimmungen mit Straffolgen relativ gering ist. Allerdings ist dabei zu bedenken, daß Umgehungsgesetze typische Krisenmaßnahmen darstellen, die in normalen wirtschaftlichen Verhältnissen nur selten angewandt werden, um so häufiger aber auftreten im Zusammenhang mit Zwangsbewirtschaftung, Kriegswirtschaftsrecht und ähnlichen Erscheinungen. Deshalb könnte bereits die kommende Notstandsgesetzgebung neue derartige Vorschriften hervorbringen, und jede wirtschaftliche Krise größerer Art würde das Problem wieder ungeahnt aktuell machen.

21 So bei Völkermord, nicht dagegen bei Abtreibung, was im Zeitalter der Fremdarbeiter recht problematisch erscheint.

22 Vgl. §§ 326, 342 E 1962.

Während das vorhergehende Kapitel einen Überblick über Rechtsquellen gab, in denen der Umgehungsgedanke seinen Ausdruck im Laufe der geschichtlichen Entwicklung des Rechts gefunden hat, sich also der Natur der Sache nach vornehmlich mit positiven Umgehungsnormen aller Art beschäftigte, soll nun versucht werden, die dogmatischen Hintergründe dieser Rechtsentwicklung zu beleuchten. Dabei liegt das Schwergewicht nun mehr auf der Gesetzesumgehung als strafrechtlichem Rechtsinstitut[23].

I. Die Entwicklung der Lehre von der Gesetzesumgehung

1.a) Der Beginn einer rechtsdogmatischen Behandlung des Umgehungsgedankens liegt am Anfang der Neuzeit und betrifft das Problem der Gesetzesumgehung im *internationalen Strafrecht,* ebenso wie fast alle gesetzlichen Normierungen dieses Gedankens aus derselben Zeit. Die Rechtslehre beschränkte sich dabei nicht auf Umgehungsduelle wie die ältere Gesetzgebung[24], sondern entwickelte einen *allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz, das »in fraudem legis agere«,* der auf alle Umgehungsfälle des internationalen Strafrechts anwendbar ist, teilweise sogar darüber hinausgeht und sich dem Personalprinzip nähert[25].

»Wer sich aber aus dem Lande begibt, um das Gesetz des Ortes fruchtlos zu machen, wird nach der Strenge der einheimischen Gesetze bestraft[26].«

Zu Anfang des 19. Jahrhunderts scheint der Grundsatz des »in fraudem legis agere« für das internationale Strafrecht allgemein anerkannt zu sein, wird aber ausdrücklich als die einzige Ausnahme des strengen Territorialprinzips bezeichnet. Eine nähere Begründung wird dabei in keinem Fall gegeben, auch zum Analogieverbot wird nicht Stellung genommen.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts erfolgt ein kaum erklärbarer Umschwung der Lehre. Rohland[27] hält die Theorie der Gesetzesumgehung für einen interessanten Versuch, das Territorialitätsprinzip mit dem Rechtsbewußtsein zu vereinbaren, lehnt ihn jedoch als mit der Straf-

23 Vgl. oben S. 50.
24 Etwa II, 20, § 678 PrALR.
25 Dazu Meili S. 151.
26 Klein, Grundsätze des gemeinen dt. Peinlichen Rechts, 1799, § 52.
27 AaO S. 36.

rechtsordnung unvereinbar ab. Hegler[28] erklärt den Grundsatz des »agere in fraudem legis domesticae« schlicht für abwegig, und Meili[29] stellt wenige Jahre später lakonisch fest, diese Theorie bestehe im europäischen Recht nicht mehr. Eine juristische Begründung für diese Ansicht gibt vor allem *Rohland*[30]. Er sieht das Bedenken darin, daß damit eigentlich ein neues Delikt geschaffen wird, »das in fraudem legis ins Ausland gehen«. Der Inländer werde nicht deshalb bestraft, weil seine Handlung den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, sondern weil sie in der Absicht geschah, der Bestrafung im Inland zu entgehen. Der Täter handle aber hier gar nicht »in fraudem legis«, denn unter der Geltung des Territorialprinzips wolle das Gesetz ja niemals für Straftaten außerhalb der Landesgrenzen gelten, ein Verstoß gegen Sinn und Zweck des Gesetzes liege deshalb nicht vor. Rohland deutet hier erstmals die ganze Problematik des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung an. Auch das Verhältnis zum Analogieverbot klingt an, wenn es auch wohl näher gelegen hätte, eine Erweiterung bestehender Tatbestände über ihren Bereich hinaus anzunehmen, als die Schaffung eines neuen Umgehungstatbestandes als Bestandteil des Besonderen Teils[31 32].

b) Um die gleiche Zeit gewinnt die Gesetzesumgehung auch im *materiellen Strafrecht* neue Aktualität. Es ergehen mehrere Reichsgerichtsentscheidungen zu dieser Frage im Rahmen der Vorschriften des Postgesetzes; dabei versucht das RG[33], den Begriff »zur Umgehung der Portogefälle« tatbestandlich näher zu umreißen, ohne daß die Rechtsgültigkeit einer derartigen Norm auch nur angesprochen würde. In einer anderen Entscheidung[34] wird eine »nicht dem Gesetz entsprechende, sondern eine dasselbe umgehende Manipulation« nach dem Postgesetz bestraft. Schließlich werden »in fraudem legis« gewählte Beförderungsformen, welche ihrer äußeren Erscheinung und juristischen Gestaltung nach dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen, dennoch ihrer wahren Natur nach, insbesondere nach dem vom Täter verfolgten wirtschaftlichen Zwecke, der Strafsatzung des Postgesetzes unterstellt[35].

28 AaO S. 150.

29 AaO S. 154.

30 Ähnlich v. Bar S. 166, der darauf hinweist, es werde weder ein Tatbestand entstellt noch gegen den Sinn des Gesetzes unter Benutzung seines Buchstabens gehandelt, sondern jenseits der Grenze, welche das Gesetz seiner Bindungskraft setze.

31 In einer gewissen Parallele zu § 330 a StGB.

32 Die einzige RG Entscheidung zu diesem Problemkreis (DJZ XIV, 435) verwendet den Begriff Gesetzesumgehung nicht.

33 RG 10, 45.

34 RG 18, 45.

35 RG 22, 361.

In allen diesen Urteilen interpretiert das Reichsgericht das Postgesetz entweder so, daß auch alle Umgehungen unmittelbaren Zuwiderhandlungen gleichzuachten sind, oder es deutet in das Postgesetz eine dem § 5 Abs. I RAO entsprechende Vorschrift hinein, wonach die postalische Gebührenpflicht durch den Mißbrauch wirtschaftlicher Gestaltungsformen nicht gemindert werden könne[36], so daß unmittelbar eine Hinterziehung von Postgebühren vorläge. Die Frage aber, ob solche Interpretationskünste mit dem Grundsatz »nulla poena sine lege« vereinbar sind, der inzwischen in § 2 des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 Gesetz geworden war, wird nicht einmal gestellt.

Ähnlich unklar sind mehrere höchstrichterliche Entscheidungen zu den Bewirtschaftungs- und Preisgesetzen aus der Zeit des ersten Weltkrieges. So wird für sog. Kopplungsgeschäfte entschieden[37], sie dienten zur Verschleierung der Überschreitung des Höchstpreisgesetzes[38] und stünden deshalb(!) der Bestrafung des Täters nicht entgegen.

Dieselbe Ansicht vertreten in der Rechtslehre die Kommentare von Lobe[39] und Alsberg[40], die eine Überschreitung von Höchstpreisen nicht nur im einfachen Fordern solcher Preise, sondern auch in deren Umgehung sehen. Auch hier findet sich keine Auseinandersetzung mit dem Analogieverbot.

Ganz anders die fast unbekannte Entscheidung des *Reichsgerichts* vom 21. 1. 1918[41], die eine versuchte Umgehung des Vereinszollgesetzes[42] behandelt. Die Vorinstanz hatte eine genauere Feststellung des Vorsatzes der Täterin mit der Erwägung unterlassen, sie habe jedenfalls gehandelt, um das Ausfuhrverbot zu umgehen, und »fraudulöse Gesetzesumgehungen seien niemals erlaubt«. Dazu nimmt das RG wie folgt Stellung:

»Das ist jedoch rechtsirrig und überdies nicht schlüssig. *Wer ein Strafgesetz umgeht, also seinen Tatbestand nicht verwirklicht, kann aus dem Gesetz nicht bestraft werden,* auch dann nicht, wenn er Zwecke verfolgt oder erreicht hat, denen das Gesetz entgegentreten will.«

Das RG kennzeichnet klar das Wesen des gesetzesumgehenden Verhaltens dahin, daß der Tatbestand der Strafnorm nicht verwirklicht, weil vermieden wird. Daß Tatbestandsvermeidung in der Regel nicht

36 Ähnlich noch RG 27, 302.
37 BayObLG JW 1916, 1208; vgl. auch RG LZ 1915, 1154; BayObLG LZ 1917, 1269.
38 RGBl. 1918 S. 395.
39 PreistreibereiVO, Berlin 1918, zu § 4 Anm. 2.
40 Preistreibereistrafrecht 1920, S. 168.
41 JW 1918, 451.
42 vom 1. 7 1869 (BGBl. S. 357).

strafbar ist, leuchtet ein. Jedoch auch dann, wenn der Täter mit der Tatbestandsvermeidung Ziele verfolgt, denen Sinn und Zweck des Gesetzes entgegenstehen, wenn er also den Normzweck in Umgehungsabsicht vereitelt, soll nichts anderes gelten. Das RG erklärt vielmehr Umgehungen des Strafgesetzes deshalb für straflos, weil sie tatbestandslos seien. *Köhler*[43] teilt diese Rechtsauffassung des RG in einer Anmerkung zu der sonst unbeachtet gebliebenen Entscheidung:

»Ebensowenig wie objektiv Analogie zur Auffindung von Bestrafungsmöglichkeiten im Gesetz zugelassen ist, wird der neben einem objektiv rechtswidrigen Verhalten verlangte Vorsatz durch ein bloßes Handeln in fraudem legis auf strafrechtlichem Gebiet verwirklicht.«

Damit zeigt er den Gedanken auf, der unausgesprochen hinter der Entscheidung des Reichsgerichts steht, das Analogieverbot des § 2 Abs. I StGB, und läßt die Bestrafung der Gesetzesumgehung daran scheitern.

2. a) Die Zeit nach dem ersten Weltkrieg bringt die dogmatisch wichtigsten *Monographien zum Umgehungsgrundsatz* im Strafrecht, auch wenn alle Werke das Strafrecht nicht unmittelbar betreffen. *Hensel*[44] legt 1923 die dogmatischen Grundlagen für den Begriff und das Wesen der Gesetzesumgehung speziell für das Steuerrecht, darüber hinaus aber für den gesamten Bereich des öffentlichen Rechts überhaupt. So kommt er zum Ergebnis, daß eine geglückte Gesetzesumgehung im eigentlichen Sinne nur durch einen Analogieschluß wirksam bekämpft werden könne. Mit Recht behauptet Hensel, die Frage der Zulässigkeit dieses Analogieschlusses sei für das Problem der Gesetzesumgehung noch nicht mit der erforderlichen Schärfe gestellt worden, und beantwortet sie dahin[45], daß der nur durch Analogieschluß herzuleitende Rechtssatz auf dem Gebiete des Steuerrechts ebensowenig als Rechtsnorm anzusehen sei wie etwa auf dem Gebiete des Strafrechts. Damit ist für das Problem der Gesetzesumgehung im Strafrecht die Entscheidung mit getroffen. *Gesetzesumgehung als Rechtsinstitut des Strafrechts scheitert am Analogieverbot.* Umgehungsgesetze hält Hensel für den Bereich des Steuerrechts unbeschränkt für zulässig[46]. Zum Strafrecht äußert er sich insoweit nicht.

43 AaO S. 451.
44 Zur Dogmatik des Begriffs Steuerumgehung aaO.
45 AaO S. 245.
46 AaO S. 261.

Im französischen Recht widmen Desbois und Ligeropuolo im Rahmen einer Behandlung des Gesamtproblems der Gesetzesumgehung dem Strafrecht eigene Kapitel. Beide erkennen dem im französischen Rechtskreis von Hugueney[47] wieder aufgeworfenen Umgehungsgedanken für den Bereich des Strafprozesses unbeschränkte Geltung zu, betonen aber für den Bereich des materiellen Strafrechts übereinstimmend die Problematik des Verhältnisses dieses Gedankens zum strafrechtlichen Fundamentalgrundsatz, dem Analogieverbot. *Desbois* kommt nach einer Überprüfung der einschlägigen französischen Rechtsprechung zu dem Ergebnis, der Begriff der Gesetzesumgehung sei eine selbständige Kategorie, die für sich allein die Anwendung einer Vorschrift auf ein Verhalten rechtfertige, das an sich nicht unter diese ins Auge gefaßte Vorschrift fiele, und fährt dann fort[48]:

»Cela nous parait en contradiction manifeste avec la règle inviolable de l'interprétation des textes du code pénal.«

Diese unverletzliche Regel aber ist das strafrechtliche Analogieverbot. *Ligeropuolo,* der vom objektiven Umgehungsbegriff ausgeht, kommt zu einem etwas anderen Ergebnis. Er ist der Ansicht, in Ausnahmefällen dürfe das Strafgesetz auf Taten angewandt werden, die dem Buchstaben nach die Vorschrift nicht erfüllen, seinen Sinn aber verletzen. Dann heißt es aber weiter[49]:

»Mais sous réserve de ces cas extrêmes, la théorie de la fraude à la loi doit demeurer étrangère au droit pénal.«

Der Grund für diesen Ausschluß des Umgehungsgedankens ist für Ligeropuolo die Schwere des staatlichen Strafeingriffs in Freiheit und Leben der Bürger sowie die formelle Regel »nulla poena sine lege«. Die Ausnahmefälle rechtfertigt eine besonders ausgeprägte Strafwürdigkeit der Täter, die dem Gesetz so offensichtlich und sinnwidrig entschlüpfen, daß eine Bestrafung um der »defense sociale« willen unumgänglich erscheint.

b) In zwei Entscheidungen befaßte sich auch das *Reichsgericht* erneut mit dem Problem der Gesetzesumgehung. In einem Fall[50] bezeichnet es das Verhalten von Angeklagten als vom Gesetz nicht gedeckt, die ihre Devisenfreigrenze dazu verwendet hatten, einer anderen Person mehr Devisen zu verschaffen, als ihr an sich zustand, und meint:

»Die Verschickung von Reichsmarknoten ... ist ... unter den glei-

47 La Fraude â la Loi en Droit Penal, 1924.
48 AaO S. 89.
49 AaO S. 337.
50 JW 1933, 2140 zur DevisenVO (RGBl. 1932 I S. 231).

chen Voraussetzungen zwar nicht ausdrücklich verboten; sie stellt aber eine Umgehung der bestehenden Vorschriften dar. Eine solche Ausnutzung der Freigrenze ... ist unzulässig.«

Die Widersprüchlichkeit der Beweisführung und die Problematik ihrer Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot scheint das RG nicht zu bemerken. Auffallend ist auch, daß ganz ähnliche Entscheidungen aus der Zeit des ersten Weltkrieges, die doch geeignet gewesen wären, diese Argumentation zu stützen, nicht zitiert werden[51]. In der zweiten Entscheidung setzt das RG[52] mit etwas anderer Begründung diese Linie fort. Dort heißt es:

»Straflosigkeit kann regelmäßig nicht dadurch erreicht werden, daß durch Vorschieben von Personen oder Geschäftsformen die Beschränkungen oder Bedingungen umgangen werden, unter denen die Devisenstelle eine Genehmigung erteilt hat.«

Hier versteht das RG die Devisenverordnung so, als enthielte sie eine Vorschrift ähnlich § 5 RAO, wonach devisenrechtlich Umgehungsmaßnahmen ohne Belang seien. Das ist aber nie der Fall gewesen. Auch zu diesem Weg finden sich – unzitierte – Parallelentscheidungen aus der Vorkriegszeit[53]. Abermals »umgeht« das Reichsgericht die Schwierigkeiten, die das Analogieverbot einem solchen Weg macht, mit Schweigen. Anders der Kommentar von Hartenstein[54], auf dessen Vorauflage sich das RG in der einen Entscheidung vor allem beruft. Dort wird ausdrücklich diese Ansicht abgelehnt, die Umgehung der Devisenvorschriften sei, obwohl sie keinem ausdrücklichen Verbotstatbestand des Devisenrechts widerspreche, schon an sich strafbar. So wünschenswert ein solcher Grundsatz auch sei, er würde dem leitenden Grundgedanken des geltenden Strafrechts »nulla poena sine lege« widersprechen. Damit ist noch einmal deutlich die *spezifische Schwierigkeit jeder Umgehungsbestrafung* angesprochen, nämlich das *Analogieverbot*. Dies ist um so bedeutsamer, als wenig später Analogie mit gewissen Einschränkungen gesetzlich für zulässig erklärt wurde[55]. Die Frage konnte deshalb jetzt nicht mehr lauten, ob, sondern nur noch, wann und unter welchen Voraussetzungen Gesetzesumgehungen bestraft werden sollten.

3. a) Ausgangspunkt der nun einsetzenden Entwicklung waren die Rassenschutzgesetze, insbesondere § 5 BlSchG, dessen Fassung sich für die Durchführung der nationalsozialistischen Rassenpolitik als zu eng

51 RG JW 1916, 1208.
52 RStBl. 1934, 1113.
53 RG 27, 302.
54 AaO S. 225.
55 Durch Ges. v. 28. 6. 1935 (RGBl. I S. 883).

erwies. Schwierigkeiten bereiteten vor allem die sog. »Wochenendverbrechen«, bei denen sich die Partner zur Ausübung des in Deutschland gemäß § 2 BlSchG verbotenen außerehelichen Geschlechtsverkehrs zwischen Juden und Ariern vorübergehend ins Ausland begaben, um sich dadurch der Strafbarkeit zu entziehen.

Die Kommentare zum BlSchG verweisen zunächst noch zur Bestrafung dieser Täter auf ein Eingreifen des Gesetzgebers, wie es bereits in §§ 1, 5 Abs. I BlSchG geschehen war. Eine *Rundverfügung des Reichsjustizministers* vom 2. 4. 1936[56] vertritt aber jedenfalls für Umgehungstaten einen anderen Standpunkt. Sie sieht in §§ 1, 5 Abs. I BlSchG und §§ 3, 4 EheGesG einen allgemeinen strafgesetzlichen Grundgedanken verkörpert, der auf Grund des neuen § 2 StGB auf andere derartige Umgehungen der Rassenschutzgesetze anzuwenden sei. Darüber hinaus heißt es sogar:

». . . daß nicht nur in diesen Fällen, sondern auch bei anderen Straftaten auf Grund des § 2 StGB eine Bestrafung durch entsprechende Gesetzesanwendung regelmäßig gerechtfertigt sein wird, wenn sich deutsche Staatsangehörige zur bewußten Umgehung der deutschen Gesetze vorübergehend ins Ausland begeben«.

Das *RG* hat in einer *Plenarentscheidung* diesen Gedanken nicht aufgenommen[57]. Gerade für den Bereich der Auslandstaten wird die Freiheit der Gerichte zur Ausdehnung der vorhandenen Gesetzesbestimmungen als sehr gering angesehen. Dennoch will der Große Senat aber der angeblichen Strafwürdigkeit der Taten und der äußersten Gefährdung der Ziele des BlSchG durch Umgehungen gerecht werden im Wege der ausdehnenden Auslegung dieses Gesetzes auf bestimmte Fälle von Auslandstaten, ohne das gewonnene Ergebnis zu den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Strafrechts aber in Beziehung zu setzen.

Auch in der *Literatur* findet der Vorschlag der Rundverfügung wenig Gegenliebe. *Kohlrausch*[58] setzt in einer Anmerkung zu der erwähnten Entscheidung das Wesen der Umgehungstat im Ausland ins rechte Licht, indem er darlegt, daß lediglich die Regeln über die Geltung der Strafgesetze im Ausland scheinbar nicht auf diese Fälle anwendbar sind, der Täter aber nicht, wie die Rundverfügung behauptet, durch die »Maschen des Gesetzes« schlüpft, denn materiell treffen die Bestimmungen des Blutschutzgesetzes ja zu[59]. Den Gedanken einer Umgehungsbestra-

56 Krug-Schäfer-Stolzenburg, Strafrechtliche Verwaltungsvorschriften 1943, S. 463.
57 RG 72, 91.
58 ZAkDR 1938, 335 ff.
59 Ebenso Boldt S. 49.

fung hält er de lege ferenda für interessant als allgemeine Regel des internationalen Strafrechts, geltendes Recht sei ein solcher Satz aber nicht[60].

Noch deutlicher wendet sich *Boldt*[61] gegen den Umgehungsgrundsatz als Bestandteil des internationalen Strafrechts. Er betrachtet den Grundsatz vor allem als zivilrechtliche Entwicklung und meint deshalb, was im Privatrecht richtig sein mag, müsse es noch nicht auch im Strafrecht sein. Ein Satz von solcher Tragweite könne nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden.

Anderer Ansicht ist *v. Weber*[62] in der einzigen größeren Abhandlung zu diesem Thema. Er weist nach, daß der Gedanke der Umgehungsbestrafung sich im internationalen Strafrecht eigenständig entwickelt hat. Die aufgetretenen Fälle der Gesetzesumgehung will er lösen durch entsprechende Anwendung des Grundsatzes der Gesetzesumgehung, so wie er in den oben angeführten Rassengesetzen seinen positiven Ausdruck gefunden hat. Auch zur Zeit der Geltung des Analogieverbots sei eine solche entsprechende Anwendung möglich und zulässig gewesen, denn auf Rechtsanwendungsrecht habe sich dieses nicht erstreckt. Erst recht sei die Analogie jetzt möglich, nachdem § 2 n. F. StGB nun sogar für den Bereich des materiellen Strafrechts die entsprechende Anwendung von Strafgesetzen zulasse. Im Grundsatz des »in fraudem legis agere« sieht v. Weber dogmatisch eine Erweiterung des Territorialprinzips in Richtung auf das Personalitätsprinzip zu. Mit dessen Einführung im Jahre 1940 wurde demgemäß seine Bedeutung gemindert, aber nicht völlig ausgelöscht.

b) Während der Umgehungsgrundsatz im internationalen Strafrecht in der nationalsozialistischen Zeit große Bedeutung in Rechtsprechung und Lehre gewann[63], war das *materielle Strafrecht* dogmatisch weniger ergiebig. Die einzige bedeutsamere Entscheidung des Reichsgerichts[64] zu einer Umgehungsnorm beschäftigt sich lediglich mit der Auslegung des Merkmals »umgehen«, äußert sich aber zu dessen Rechtsnatur nur insoweit, als sie darin einen Rechtsbegriff unbestimmten Inhalts erblickt, der der Auslegung weiten Spielraum lasse. Die wenigen Äußerungen zu Umgehungen des materiellen Strafrechts außerhalb von Umgehungsgesetzen vertreten die Ansicht, daß die Möglichkeit entsprechender Ge-

60 Vgl. auch Kohlrausch-Lange 38. Aufl. Einl. zu §§ 3 ff. und Einl. § 2 Anm. IV, 8.

61 AaO S. 50.

62 GS 114, 266 ff.

63 Auch für Umgehungen von Straffreiheitsgesetzen durch Gerichte; vgl. RG DR 1939, 371; DStR 1937, 162 ohne nähere dogmatische Begründung.

64 RG 77, 93.

setzesanwendung gemäß § 2 n.F. StGB zur Bekämpfung derartiger Fälle geeignet und ausreichend sei[65], so etwa für die Fälle der Ersatzhehlerei[66] oder des Devisenstrafrechts[67]. Aus der Sicht des Schweizer Strafrechts hält es *Maday*[68] daher auch für folgerichtig, wenn im deutschen Strafrecht nach Aufhebung des Analogieverbots die Umgehung der Strafgesetze wie in anderen Rechtsgebieten mit der Gleichstellung von Umgehung und Zuwiderhandlung geahndet wird, während im Schweizer Recht eine Bestrafung am Grundsatz »nulla poena sine lege« scheitern müsse. Bekämpfungsgrundlage ist für Maday aber nicht die Analogie, sondern der *eigenständige Grundsatz der Gesetzesumgehung*, der aus sich heraus die Rechtsfolge der Gleichstellung bei fehlendem Analogieverbot auch im Strafrecht auslösen kann. Konsequent zu Ende gedacht hatte diesen Gedanken schon früher *Rietzsch*[69], der die von v. Weber[70] im Bereich des Strafanwendungsrechts entwickelte Lehre von der Gesetzesumgehung als Ausdruck eines viel allgemeineren Rechtssatzes betrachtet:

> »Jede Rechtsnorm verbietet zugleich ihre Umgehung. Verbietet eine Norm bei Strafe eine Tat, so trifft die Rechtsnorm auch auf die zur Umgehung des Verbotes begangene Tat zu.«

Diesen Rechtssatz sieht Rietzsch verkörpert in vielen Einzelnormen; einer solchen positiven Normierung bedürfe es aber nicht, denn dieser Satz gelte allgemein. Somit ist *jede Umgehung einer Strafnorm aus der umgangenen Norm strafbar*, wenn sich dieser Rechtssatz als haltbar erweisen sollte; Sinn und Inhalt des Umgehungsgedankens wären auf das vollkommenste verwirklicht. Einer Begründung der Umgehungsstrafbarkeit kraft Analogie bedarf es nicht mehr, denn folgt man dieser Lehre, so decken sich gefühlsmäßige Strafwürdigkeit und Strafbarkeit aus dem umgangenen Strafgesetz vollständig. Leider hat der von Rietzsch entwickelte Rechtssatz wenig Aufmerksamkeit in der Literatur gefunden. Lediglich Kohlrausch[71] äußert sich dazu dahingehend, dieser Satz gelte weder mit noch ohne § 2 n.F. StGB. Er sei eine Reminiszenz an die Vorlagefrage des Oberreichsanwalts im Falle der Plenarentscheidung des Reichsgerichts[72] zu §§ 2, 5 BlSchG, die das Reichsgericht aber schon damals nicht bejaht habe. Eine nähere Begründung seiner Ansicht gibt Kohlrausch aber nicht.

65 Vgl. Walz S. 33; Wilke S. 112. 66 Dazu RG 72, 146.
67 RG JW 1937, 2966 Nr. 6.
68 AaO S. 85.
69 Ministerialkommentar S. 272; Rietzsch-Peren-Schneider S. 256.
70 AaO S. 266 ff.

1. In allen heute gebräuchlichen Lehrbüchern und Kommentaren zum materiellen Strafrecht taucht der Begriff Umgehung oder Gesetzesumgehung überhaupt nicht auf, auch im Zusammenhang mit Auslegung, Analogie oder Rechtsmißbrauch wird das Problem nirgends behandelt, ebensowenig im Rahmen der Besprechung der §§ 3 ff. StGB, des internationalen Strafrechts[73]. Auch die beiden neueren *Monographien* von Römer und Teichmann behandeln strafrechtliche Fragen der Gesetzesumgehung nicht[74], wenn sie auch sonst bedeutsame Erkenntnisse zur Klärung der Gesetzesumgehung als allgemeines Rechtsinstitut bringen, insbesondere zum Verhältnis von Gesetzesumgehung zu angrenzenden Problemkreisen der Rechtsanwendung. So betrachtet Römer[75] die Rechtsmißbräuchlichkeit der Umgehungshandlung als Voraussetzung für deren Unzulässigkeit, auf das Strafrecht übertragen also für deren Strafbarkeit. Teichmann, der sich besonders mit dem Verhältnis von Gesetzesumgehung und Auslegung befaßt, sieht im Begriff Gesetzesumgehung keine einheitliche Problematik, sondern eine Vielzahl von Kategorien und Fallgruppen[76], die dementsprechend auch verschiedene Lösungen bedingen. Hinweise auf das strafrechtliche Problem der Gesetzesumgehung finden sich dagegen bei Mannheim[77], wo die soziologische und kriminalpolitische Seite angedeutet wird, sowie die gesetzestechnischen Möglichkeiten zur Umgehungsbekämpfung angeführt werden. Sax[78] streift das Problem ebenfalls und schließt die Analogie als Weg zur Erfassung der gesetzesumgehenden Auslandstat formallogisch deshalb aus, weil die einzige nach dem Wortlaut des Gesetzes mögliche Alternative zugleich ihr kontradiktorisches Gegenteil sei, niemals aber der Inlandstat ähnlich sein könne.

Eingehendere dogmatische Beleuchtung hat die gesetzesumgehende Auslandstat im Rahmen der Referate und Diskussionen zur *Neugestaltung des internationalen Strafrechts im Entwurf* gefunden. Allerdings wird zumeist nur nach Formulierungen gesucht, die möglichst alle der-

71 Kohlrausch-Lange 38. Aufl. Einl. § 2 IV, 8.

72 RG 72, 91.

73 Bei Schwarz-Dreher 27. Aufl. Vorbem. 5 A vor § 3 ff. StGB ist in einem Satz von Umgehung die Rede.

74 Teichmann bringt auch zu § 38 Abs. 2 S. 2 GWB wenig spezifisch strafrechtliche Überlegungen.

75 AaO S. 42.

76 AaO S. 64.

77 AaO S. 202.

78 Analogieverbot S. 126.

artigen Umgehungen der deutschen Strafgewalt unterstellen können[79], ohne daß zu Begriff und Wesen des gesetzesumgehenden Verhaltens Näheres gesagt wird. Eine generelle Anknüpfungsnorm für Umgehungen wird dabei weder vorgeschlagen[80] noch beschlossen. Lediglich zur Schaffung eines eingeschränkten passiven Personalprinzips[81] sollen alle gegen Deutsche gerichteten Umgehungstaten erfaßt werden[82], im übrigen sind lediglich spezielle Ausnahmen vom Territorialprinzip bei einzelnen, besonders umgehungsgefährdeten Bestimmungen als zweckmäßig angesehen worden. Insbesondere die Frage der Teilnahme im Inland an einer Gesetzesumgehung im Ausland wurde in diesem Zusammenhang erörtert, teils unter Akzessorietätsgesichtspunkten[83], teils im Hinblick auf die Strafwürdigkeit des Teilnehmers[84]. Aus rechtspolitischen Gründen wurde die Inlandsteilnahme an Umgehungstaten im Ausland jedenfalls überwiegend für strafbar gehalten[85].

Nähere Ausführungen zum Problem der Gesetzesumgehung *im materiellen Strafrecht* macht einzig *Bruns*[86] in der Besprechung eines Urteils des LG Kaiserslautern[87]. Er kommt zu dem Ergebnis, im Strafrecht dürfe unter der Herrschaft des Analogieverbots jeder Täter sein Verhalten so einrichten, daß es von den Maschen des Strafgesetzes nicht erfaßt wird, Gesetzesumgehung müsse also unbeachtlich bleiben und dürfe eine strafrechtliche Sanktion nicht auslösen[88]:

»Ein allgemeiner Grundsatz, daß über die Grenzen der Auslegung hinaus auch die Umgehung des Strafgesetzes geahndet werden könne, läßt sich nicht halten.«

Damit ist die Antithese zur Ansicht von Rietzsch[89]*, jede Strafnorm verbiete zugleich ihre Umgehung, mit aller Klarheit gestellt.* Zugleich wird das Analogieverbot erneut als der entscheidende Gesichtspunkt für die Geltung des Umgehungsgedankens im Strafrecht betont und die Bedeutung der Tatbestandserfüllung für die Strafbarkeit einer Handlung ins rechte Licht gerückt. Im gegenwärtigen Rechtszustand

79 Vgl. Diskussionsbeitrag Schäfer, Niederschriften Bd. 4 S. 31.
80 So ausdrücklich Jescheck Leitsatz VIII in Niederschr. Bd. 4 S. 410.
81 Wie es in § 5 Abs. II E 1962 enthalten ist.
82 Jescheck Referat Niederschr. Bd. 4 S. 17.
83 Gallas Niederschr. Bd. 4 S. 30.
84 Welzel Niederschr. Bd. 4 S. 126.
85 So auch die Amtl. Begründung E 1962 S. 114.
86 AaO S. 147 ff.
87 JZ 1956 S. 182.
88 AaO S. 151.
89 Ministerialkommentar S. 272 vgl. oben S. 68.

dürfe Tatbestandserfüllung auch nicht durch mißbräuchlichstes Verhalten ersetzt werden.

2. Entgegengesetzter Ansicht ist die einzige Äußerung in der *Rechtsprechung* aus neuerer Zeit zum allgemeinen Grundsatz der Gesetzesumgehung. Das OLG Hamm[90] hat zur Frage der Geltung eines ausländischen Führerscheins entschieden, daß eine lediglich noch zur Umgehung der deutschen Bestimmungen über den Führerscheinerwerb dienende ausländische Fahrerlaubnis die Bestrafung nach § 24 Ziff. 1 StVG nicht verhindern könne. Auf Literatur und Rechtsprechung zu der angeschnittenen Umgehungsfrage geht das Gericht dabei nicht ein. Ebensowenig wird das Analogieverbot in diesem Zusammenhang erwähnt. Das Gericht glaubt offenbar, im Rahmen der Auslegung verblieben zu sein.

Zu den Bestimmungen des Nebenstrafrechts finden sich schließlich die widersprüchlichsten Meinungen. Der Bundesgerichtshof hält in der einzigen Entscheidung zu diesem Problemkreis eine Umgehungsnorm nicht für einen »gesetzwidrigen Analogietatbestand«[91]. Demgegenüber läßt es das OLG Hamburg[92] ausdrücklich dahingestellt, ob eine andere ähnliche Vorschrift geeignet ist, die im Hinblick auf § 2 StGB an eine Strafnorm zu stellenden Voraussetzungen zu erfüllen. Im Falle des vom BGH für gültig gehaltenen § 38 Abs. II S. 2 GWB wird die Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot teilweise direkt verneint[93]. Auch bei den übrigen derartigen Vorschriften wird die Gültigkeit angezweifelt, meist unter Hinweis auf den Bestimmtheitsgrundsatz[94].

3. Während sich alle bisherigen Ausführungen auf gesetzesumgehendes Verhalten von rechtsunterworfenen Einzelpersonen bezogen, soll nun noch kurz die heutige *dogmatische Behandlung gesetzesumgehericher Praktiken im Rahmen des Strafverfahrens* gestreift werden. So hat das OLG Hamm[95] eine Auflage, die einer Sicherungsmaßregel gleichkommt, als Umgehung des Gesetzes angesehen und für unzulässig erklärt, weil hier eine derartige Maßnahme auf einem dafür vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Wege getroffen worden sei. Neuerdings

90 NJW 1963, 1263.

91 BGH 14, 55 ff.; zuletzt wurde der Begriff »umgehen« auch in BGH NJW 1963, 2036 ohne nähere Erläuterung verwendet.

92 JR 1963, 309.

93 Huber, Das Empfehlungsverbot, Stuttgart 1959, S. 65.

94 Vgl. Troeger-Mayer, Steuerstrafrecht S. 58; Kohlhaas in Erbs-Kohlhaas zu § 396 Anm. 3.

95 VRS 10, 49; dazu Bruns GA 1959, 193.

hat das OLG Köln[96] in einem ähnlichen Fall, in dem die Bewährungszeitgrenze im Wege der Interpretation des § 25 Abs. II, 2 StGB hinausgeschoben wurde, entschieden, daß damit eine vom Gesetz gezogene Schranke nicht umgangen werden könne. Denn eine durch Umgehung dieser Vorschrift angeordnete Verlängerung der Bewährungszeit wäre mit rechtsstaatlichem Denken schwerlich vereinbar. Die Unzulässigkeit und Unwirksamkeit solcher auf »Etikettenschwindel« beruhender Maßnahmen hat in der Rechtslehre vor allem Bruns[97] verfochten. Ähnlich vertritt Eb. Schmidt[98] die Ansicht, es sei eine Umgehung des Gesetzes und deshalb verfahrensfehlerhaft, wenn das Gericht, bevor ein Zeuge, der zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist, sich über die Ausübung dieses Rechts klar wird, eine Vernehmungsperson über die ihr gegenüber gemachte frühere Aussage des Zeugen vernimmt.

96 NJW 1963, 2136; vgl. auch MDR 1964, 617.
97 AaO S. 193; zu ähnlichen Problemen v. Gerlach NJW 1964, 2397.
98 Lehrkommentar zu § 252 StPO Erl. 10.

Dritter Hauptteil

Dogmatik des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung

1. Abschnitt
Die Stellung des Instituts im Normensystem

Die bisherigen Untersuchungen haben den Begriff des gesetzesumgehenden Verhaltens als rechtlichen und soziologischen Ausgangspunkt der Arbeit dahin geklärt, daß für das Strafrecht darunter die künstliche, normzweckwidrige Vermeidung des Tatbestands einer strafbegründenden Norm oder die Erschleichung der objektiven Voraussetzungen einer strafausschließenden Norm zu verstehen ist. Sie haben erkennen lassen, daß es eine Aufgabe jeder Strafrechtsordnung sein muß, gegen Gesetzesumgehungen anzugehen und sie um des eigenen Bestands willen zu bekämpfen. Als Möglichkeiten solcher Bekämpfung wurden ein Rechtsinstitut des allgemeinen Strafrechts, Gesetzesumgehung genannt, oder Umgehungsgesetze als Bestandteile des besonderen Teils des Strafrechts erkannt. Die anschließende Darstellung der Geschichte der Gesetzesumgehung im Strafrecht hat nachweisen können, daß beide Möglichkeiten nacheinander und nebeneinander zur Lösung des Problems herangezogen worden sind, und hat die dogmatischen Wege und rechtlichen Bedenken aufgezeigt, die beide Wege in Geschichte und Gegenwart fanden. Nun geht es darum, das bisher Zusammengetragene zunächst auf das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung, im folgenden Teil auf das Umgehungsgesetz anzuwenden und in einer Gesamtschau Stellung und Geltungskraft beider für das gegenwärtige und kommende Strafrecht zu bestimmen.

§ 10 Die dogmatische Funktion des Instituts

I. Allgemeines

Die Funktion des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung wurde oben[1] generell dahin gekennzeichnet, daß es an ein bestimmtes, »tatbestandlich« fixiertes Geschehen eine Rechtsfolge strafrechtlicher Art knüpft. Je nach der Art des betreffenden gesetzesumgehenden Verhaltens erwies sich dabei seine Gleichstellung mit einem unmittelbaren Verstoß oder seine rechtliche Unbeachtlichkeit als dem Umgehungsgedanken entsprechend.

1 S 51.

Nun muß speziell die rechtliche Wirkung des Instituts für die verschiedenen Bereiche der Straftat untersucht werden, um damit einen Ausgangspunkt für die rechtliche Zulässigkeit der vom Institut jeweils bestimmten Rechtsfolge zu gewinnen.

1. *Auf der Tatbestandsebene* ordnet das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung die Gleichstellung des Umgehungsverhaltens mit einer unmittelbaren Verletzung der umgangenen Norm an[2]. Wer ein Strafgesetz umgeht, wird so bestraft, wie wenn er es verletzt hätte. Der Hehler am Ersatzgut (Fall 2) wird also als Hehler behandelt, der spurenverwischende Unfallbeteiligte als Unfallflüchtiger (Fall 6). Andererseits wurde festgestellt, daß der Umgeher in diesen Fällen den Tatbestand der betreffenden Vorschrift vermeidet, d. h. nicht oder nicht vollständig erfüllt[3]. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung hat also für die angeführten beiden Fälle unmittelbar strafbegründende Wirkung[4]. Nachdem sich Art und Umfang der Strafe auf Grund der Gleichstellung aus der umgangenen Norm ableiten lassen, kann man von der Ausdehnung der umgangenen Norm auf einen von ihr dem Wortlaut nach nicht vorgesehenen Fall sprechen[5]. Andererseits verstößt das umgehende Verhalten nicht gegen das jeweils zugrundeliegende Verbot, denn Umgehungstatbestand und Verbotstatbestand schließen einander aus[6], obwohl beide Verhaltensweisen eine gewisse Ähnlichkeit miteinander zeigen. Die dogmatische Funktion des Instituts auf Tatbestandsebene ist also in der Regel die, daß für eine Handlung, die nicht gegen eine Strafnorm verstößt[7], dennoch die in der Strafnorm verhängte Sanktion begründet wird, in gewissem Sinne also eine Umkehrung des Gedankens der Sozialadäquanz[8].

Eine Abwandlung dieser Grundfunktion bietet Fall 1. Wird hier das gesetzesumgehende Verhalten dem unmittelbaren Normverstoß

2 Dazu oben S. 33.

3 Ja nicht erfüllen kann, vgl. Hübner Anm. 6.

4 So spricht Desbois S. 89 mit Recht davon, daß die Gesetzesumgehung in den Stand einer selbständigen Kategorie erhoben werde, die durch sich allein die Anwendung einer (Straf)-Vorschrift rechtfertige.

5 So für den Fall 2, allerdings unter dem Gesichtspunkt der Auslegung, BGH 9, 139, ebenso im Fall 6 BGH 7, 117.

6 Vgl. Hübner Anm. 5.

7 Anders Rietzsch, der Umgehungsfälle unmittelbar dem jeweils umgangenen Verbot unterstellt; vgl. Ministerialkommentar S. 272.

8 In seiner ursprünglichen Gestalt hatte das Rechtsinstitut »soziale Adäquanz« die Tatbestandsmäßigkeit bestimmter verkehrsüblicher Handlungen ausgeschlossen, obwohl sie dem Anschein nach Straftatbestände erfüllten; vgl. dazu Schönke-Schröder Vorbem. 8. Heute sieht man überwiegend darin einen Rechtfertigungsgrund, der die Tatbestandserfüllung unberührt läßt, vgl. Welzel LB 7. Aufl. S. 76, anders aber jetzt wieder 9. Aufl. S. 50 ff.; Hirsch ZStW 74 S. 78.

gleichgestellt, so hat dies zur Folge, daß das qualifizierte Delikt schwerer Diebstahl in seiner Strafe auf den Umgehungsfall im Ergebnis angewandt wird, während sonst das Verhalten als einfacher Diebstahl angesehen werden müßte. Obwohl also auch hier das Umgehungsverhalten in der Regel[9] den Qualifikationstatbestand nicht erfüllt, somit auch nicht gegen ihn verstößt, bewirkt das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung eine Schärfung der an sich gegebenen Strafe.

Wieder anders ist Fall 4 gelagert. Während in den anderen genannten Fällen die Umgehung unmittelbar dem Verstoß gleichgestellt wurde, geschieht dies hier nach Meinung des OLG Hamm[10] mittelbar über die Führerscheinbestimmungen. Deren Umgehung habe unmittelbar zur Folge, daß die betreffenden Sondervorschriften auf einen solchen Fall, in dem der Verkehr in Wirklichkeit aufgehört habe, ein zwischenstaatlicher zu sein, nicht mehr anzuwenden seien, mit der mittelbaren Konsequenz, daß der Täter ohne gültigen Führerschein im Sinne des § 24 StVG sein Fahrzeug führe[11]. Dennoch hat auch hier das Institut strafbegründende Wirkung, denn im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob eine Umgehung der Führerscheinbestimmungen wie ein Verstoß gegen § 24 StVG aufgefaßt wird, oder ob der Fahrer so behandelt wird, wie wenn er keinen Führerschein hätte und deshalb sein Verhalten unmittelbar unter § 24 StVG subsumiert werden könnte. Im zweiten Falle wird die Umgehung eines Tatbestandsmerkmals so behandelt wie seine unmittelbare Erfüllung, nach der ersten Ansicht der Schwerpunkt mehr auf die Umgehung der Strafnorm im ganzen gelegt[12]. Für die Funktion des Rechtsinstituts auf Tatbestandsebene ist aber lediglich von Bedeutung, daß nach beiden konstruktiven Wegen die Anwendung des Umgehungsgedankens unmittelbar oder mittelbar strafbegründende Wirkung auslöst. Diese Strafbegründungswirkung hat sich als das gemeinsame Wesensmerkmal für den Regelfall einer Umgehung auf Tatbestandsebene erwiesen; ausnahmsweise bei der Umgehung von Qualifikationsmerkmalen kommt dem Institut strafschärfende Wirkung zu.

9 Zu der von der Rechtsprechung in besonderen Fällen gemachten Ausnahme vgl. OLG München SJZ 1949 S. 201 a.A. BGH NJW 1961 S. 418.

10 NJW 1963 S. 1263.

11 Ein ähnliches Problem bieten im Bereich der Umgehungsgesetze Vorschriften, die, wie § 5 GüKG, § 6 PBefG, unmittelbar Umgehungen für unwirksam erklären, aber nicht selbst eine Strafsanktion für die Umgehung verhängen, sondern nur mittelbar Straffolgen auslösen, dadurch daß der betreffende Verkehr als ungenehmigt angesehen wird, § 99 GüKG, § 60 PBefG.

12 Es zeigt sich hier, daß mit der Umgehung einer Strafnorm verbunden sein kann die Umgehung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften, so etwa auch im Falle des § 38 Abs. II, 2 GWB, vgl. dazu Teichmann S. 95 f.

2. *Auf der Rechtswidrigkeitsebene* hat gesetzesumgehendes Verhalten zur Folge, daß die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erschlichen werden, so daß dem Anschein nach der Rechtfertigungsgrund eingreift und somit das tatbestandsmäßige Verhalten des Täters straflos bleibt[13]. Die dem Umgehungsgedanken entsprechende Sanktion solchen Verhaltens ist die rechtliche Unbeachtlichkeit der erschlichenen Voraussetzungen[14]. Dogmatisch hat dies zur Bedeutung, daß trotz äußerer Rechtmäßigkeit das Verhalten als rechtswidrig behandelt wird. Während im Regelfall ein tatbestandsmäßiges Verhalten rechtswidrig ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund gegeben ist, wird hier die betreffende Handlung als rechtswidrig angesehen, obwohl ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Auch wenn der Täter vom provozierten Gegner angegriffen wird, bleibt sein Verhalten rechtswidrig (Fall 7). Obwohl der Täter in einem vom Reichsgericht[15] entschiedenen Fall unter den Voraussetzungen eines Schußwaffengebrauchsrechts gehandelt hatte, war das Verletzen des Opfers rechtswidrig, denn er hatte diese Voraussetzungen bewußt herbeigeführt. Primär hat also die Anwendung des Instituts auf Rechtswidrigkeitsebene die Funktion, die Rechtswidrigkeit auf Fälle auszudehnen, in denen die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes an sich vorliegen, sekundär ist die Folge eine Ausdehnung der Strafbarkeit in den Bereich der Straflosigkeit, der bei buchstabenmäßiger Anwendung der gesetzlich geregelten und gewohnheitsrechtlich entwickelten Rechtfertigungsgründe verbleiben würde.

3. *Auf der Schuldebene* sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden. Der Täter kann entweder seine Schuldfähigkeit beseitigen[16] (Fall 8) oder sich einen Schuldausschließungsgrund verschaffen (Fall 9). Soweit dies durch gesetzesumgehendes Verhalten geschieht, verlangt der Sinn des Umgehungsgedankens, daß der Täter dennoch behandelt werde, als sei er schuldfähig, als habe er ohne Schuldausschließungsgrund gehandelt. Betrachtet man dementsprechend die in gesetzesumgehender Weise erlangten Rechtsstellungen als rechtlich unbeachtlich[17], dann wird die Schuldfähigkeit des Täters fingiert, obwohl sie tatsächlich nicht gegeben ist (Fall 8). Dem im erschlichenen Befehlsnotstand Handelnden wird die Entschuldigung dadurch verweigert, obwohl alle Voraussetzungen

13 Vgl. oben S. 21.

14 Näher dazu oben S. 35.

15 DR 1939 S. 364.

16 Eine Parallele dazu auf Rechtswidrigkeitsebene existiert nicht.

17 Fehlt auf Grund einer Umgehung die Schuldfähigkeit, so könnte auch der Gleichstellungsgrundsatz sinnvoll angewandt werden.

objektiv und subjektiv[18] gegeben sind (Fall 9). In der ersten Fallgruppe dehnt die Anwendung des Instituts demnach die Schuldfähigkeit auf Täter aus, die ihre Regelvoraussetzungen im Tatzeitpunkt nicht besitzen. In der zweiten Fallgruppe geht die dogmatische Funktion dahin, die Wirkung eines Schuldausschließungsgrundes in Fällen auszuschalten, die an sich seinem gesetzlichen Bereich unterfallen. Auch hier ist sekundäre Wirkung die Ausdehnung der Strafbarkeit in Lebensbereiche, die dem Anschein nach als straflos gelten.

4. *Im Bereich des Strafanwendungsrechts* wirkt sich gesetzesumgehendes Verhalten dahin aus, daß die Voraussetzungen von Anknüpfungsnormen des inländischen Rechts vom Täter vermieden werden, so daß die rechtlichen Bedingungen für die Anwendung der inländischen Strafrechtsordnung auf die Tat zunächst fehlen[19]. Die betreffende Tat müßte deshalb im Inland straflos bleiben. Dem Umgehungsgedanken im Strafrecht entsprechend muß aber eine solche gesetzesumgehende Auslandstat einer Inlandstat gleichgestellt werden[20]. Dogmatisch bedeutet das, daß ein neuer Anknüpfungsgrundsatz für die inländische Rechtsordnung durch die Anwendung des Instituts Gesetzesumgehung geschaffen wird[21]. Das materielle Strafrecht im engeren Sinne bleibt dadurch unberührt, lediglich das Strafanwendungsrecht als Bestandteil des materiellen Rechts im weiteren Sinne wird erweitert. Im Falle 10 ist also das Verhalten der Frau tatbestandlich Abtreibung im Sinne des § 218 StGB, ebenso rechtswidrig und schuldhaft, unter der Geltung des strengen Territorialprinzips aber nicht strafbar. Gleiches gilt im Bereich des Personalprinzips, wenn eine ständig im Inland lebende Ausländerin zur Umgehung des für ihre Inlandstaten anzuwendenden Strafgesetzes einen Abtreibungseingriff im Ausland vornehmen läßt. Die Notwendigkeit einer Erweiterung des Strafanwendungsrechts durch Gleichstellung der gesetzesumgehenden Auslandstat mit einem Inlandsdelikt ist also vom Ausgangsgrundsatz unabhängig[22]. Immer handelt es sich aber um eine Erweiterung des Strafanwendungsrechts. Deshalb ist es nicht richtig, wenn früher behauptet wurde[23], der Grundsatz des »in fraudem legis agere« bedeute die Schöpfung eines

18 Für die Rechtswidrigkeitsfälle (Fall 7) ist dagegen das Vorliegen der subjektiven Momente nicht unbestritten. Ein Teil der Lehre versucht diese Fälle mit fehlendem Verteidigungswillen zu lösen; vgl. dazu Lenckner GA 1961 S. 302; RG HRR 1940 Nr. 1143.

19 So auch Boldt S. 50.

20 Vgl. oben S. 34.

21 So v. Weber, Kohlrausch-Festschrift S. 132, Kohlrausch-Lange StGB 38. Aufl. Einl. zu §§ 3 bis 8 Anm. I, e.

22 In diesem Sinne auch v. Weber GS 114 S. 277.

23 So etwa Rohland S. 36, ähnlich v. Bar S. 166.

neuen Tatbestandes des besonderen Teils mit dem genannten Inhalt und müßte immer zur selben Strafe führen[24]. Materiell ist die Auslandstat ja stets tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft im Sinne einer Norm des Strafrechts, sonst würde niemals das Bedürfnis nach ihrer Strafbarkeit als Umgehungstat auftauchen. Die genannten materiellen Voraussetzungen werden aber nicht umgangen, nur das einschlägige Strafanwendungsrecht schaltet der Täter aus[25]. Nicht durch die Maschen der Strafgesetze schlüpft der Umgeher, sondern die Regeln über die Geltung der Strafgesetze für Auslandstaten treffen den Fall scheinbar nicht[26]. Ebensowenig kann der Grundsatz dazu führen, die Regeln über die Bestimmung des Tatorts zu erweitern, wie dies ein Teil der Lehre im Rahmen der Anwendung des Blutschutzgesetzes auf Auslandstaten wollte[27], um einen inländischen Tatort zu konstruieren und auf diesem Umweg zur Strafbarkeit gesetzesumgehenden Verhaltens zu kommen. So sieht auch das Reichsgericht[28] in einem derartigen Fall im Aufsuchen des Auslands in Umgehungsabsicht bereits einen Anfang der Ausführung des ins Ausland verlegten Delikts[29], rückt allerdings von dieser Lehre später wieder ab[30]. Für den normalen Straftatbestand, etwa den der Abtreibung (Fall 10), würde damit jedoch die zulässige Ausdehnung der Versuchsstrafbarkeit weit überschritten. Anders wäre es, wenn »Abtreibung im Ausland« ein eigener Straftatbestand wäre, dann könnte in der Fahrt ins Ausland ein Anfang der Ausführung dieses Delikts gesehen werden. Gerade diese Frage gilt es jedoch zu lösen; die dargelegte Argumentation bewegt sich deshalb im Kreise[31]. Die gesetzesumgehende Tatortverlegung ins Ausland beeinflußt also weder die materielle Strafbarkeit des betreffenden Delikts noch läßt sie eine abweichende Tatortbestimmung zu, es wird lediglich ein Anknüpfungspunkt des inländischen Rechts bewußt ausgeschaltet. Die dogmatische Funktion des Rechtsinstituts besteht dann darin, für diesen Fall einen Anknüpfungsgrundsatz eigener Art zu schaffen.

24 Hier böte sich heute die Parallele zu § 330 a StGB, wo auch ein einheitlicher Tatbestand des Besonderen Teils mit eigenem Strafrahmen für alle Rauschtaten geschaffen wurde. So wie die Rauschtat ein »Defektdelikt« ist, ist es auch jede Umgehungstat.

25 Im Falle des § 330 a StGB, der als Parallele herangezogen wurde, schaltet der Täter demgegenüber die Schuldfähigkeit, also einen Bestandteil der materiellen Strafbarkeit aus.

26 So mit Recht Boldt S. 50.

27 Etwa Kraner S. 175, ebenso AG Mannheim DJ 1936 S. 1239.

28 RG 73, 143.

29 Ähnlich argumentiert aber schon RG DJZ XIV S. 435, ohne das Stichwort »Umgehung« allerdings zu gebrauchen.

30 RG 74, 397 ff.

31 So mit Recht schon Boldt S. 50 Anm. 47.

5. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung *in bezug auf Maßnahmen von Strafgerichten* schließlich bewirkt deren Rechtswidrigkeit im Sinne des materiellen bzw. Verfahrensrechts. Die Auflage, nicht mit dem Kraftfahrzeug während eines bestimmten Zeitraums zu fahren, ist daher materiellrechtlich fehlerhaft (Fall 11). Die Vernehmung von Verhörpersonen, ehe der Zeugnisverweigerungsberechtigte seine Aussageverweigerung erklärt hat[32], ist ein Verstoß gegen § 252 StPO, also verfahrensfehlerhaft. Die dogmatische Funktion des Instituts liegt somit darin, für derartige Maßnahmen, die alle formell dem Recht entsprechen, eine Rechtsfehlerhaftigkeit eigener Art zu schaffen über die im Gesetz vorgesehenen Fehlerquellen hinaus. Damit wird dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben, die umgeherische Maßnahme mit Rechtsmitteln erfolgreich anzugreifen.

II. Irrtumsprobleme

1. Die bisherigen Erörterungen dieses Kapitels gingen vom Normalfall aus, daß sich objektives Verhalten und subjektive Vorstellung des Täters decken. Wie bei allen Rechtsfiguren des Allgemeinen Teils sind aber auch *Divergenzfälle* möglich, und zwar nicht nur im Verhältnis von objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Gesetzesumgehung, sondern auch diagonal zwischen gesetzesumgehendem Verhalten und umgangener Norm. Dabei sind folgende Varianten möglich:

Der Täter handelt objektiv tatbestandsmäßig, glaubt aber subjektiv, die betreffende Norm zu umgehen[33]. Hier müßte dem Sinne des Umgehungsgedankens entsprechend eine Gleichstellung auf subjektiver Ebene erfolgen. Wer glaubt, das betreffende Strafgesetz zu umgehen, muß so behandelt werden, als hätte er den Willen, es zu verletzen[34].

Schwieriger ist der umgekehrte Fall zu lösen: Wer objektiv das Gesetz umgeht, subjektiv aber es zu verletzen glaubt, hat jedenfalls einen Anfang der Ausführung zur Gesetzesverletzung unternommen, ohne aber das Gewollte wirklich zu erreichen. Hier liegt ein gewöhnlicher, fehlgeschlagener Versuch vor, der nach allgemeinen Regeln strafbar ist bzw. straflos bleibt[35]. Daraus, daß die Handlung objektiv gesetzesumgehenden Charakter hat, kann nichts hergeleitet werden, denn die

32 Vgl. zu diesem Beispiel Eb. Schmidt LK § 252 Erl. 10.

33 So ähnlich ist der Fall RG JW 1918 S. 451 gelagert, wobei allerdings noch die Problematik des Subsumtionsirrtums auftritt.

34 Die Vorinstanz hatte im Ergebnis auch so entschieden.

35 Glaubt der Täter einer gesetzesumgehenden Auslandstat, sich strafbar zu machen, so handelt es sich allerdings um ein Wahndelikt, weil Anknüpfungsmerkmale des Intern. Strafrechts nicht zum Tatbestand gehören.

besondere Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit der Gesetzesumgehung liegt für das Strafrecht gerade in der subjektiven Einstellung des Täters, der bewußt dem Sinn des Gesetzes zuwiderhandelt[36]. Fehlt diese Mißachtung des Gesetzes, weil der Täter den umgehenden Charakter seines Verhaltens nicht erkennt, so fehlt ein Rechtsgrund für die Gleichstellung.

Schließlich kann noch folgende Divergenz auftreten: Der Täter will das Gesetz umgehen, unternimmt auch einen Anfang der Ausführung dazu, der Versuch schlägt aber fehl, ohne daß deshalb der umgangenen Norm, wie im obigen Fall, objektiv direkt zuwidergehandelt worden wäre. Führt man den Gleichstellungsgrundsatz auch hier im Subjektiven konsequent durch, so müßte das Ergebnis sein, daß der Täter so bestraft wird, wie wenn er eine versuchte Verletzung der umgangenen Norm begangen hätte. Für einen solchen Fall fehlen jegliche Beispiele in Literatur und Rechtsprechung. Jedenfalls logische Folgerichtigkeit ist dieser Lösung nicht abzusprechen, wenn sie auch deshalb bedenklich erscheint, weil der Täter ja einen Anfang zur Umgehung, nicht aber zur Ausführung der umgangenen Norm macht.

2. Voraussetzung der bisher angedeuteten Divergenzfälle war ein »echter« Irrtum des Täters. Anders liegen natürlich die Fälle, in denen der Täter zwar alle Tatsachen kennt und richtig wertet, aber sein Verhalten dann doch fälschlich als Umgehung[37] oder umgekehrt trotz Umgehungscharakter als Verletzung ansieht. Ein solcher *Subsumtionsirrtum*[38] ist, wie in der allgemeinen Irrtumslehre, in der Regel belanglos. Deshalb kritisiert Köhler[39] mit Recht an der von ihm besprochenen, schon mehrfach erwähnten Reichsgerichtsentscheidung, daß dieser Gesichtspunkt des Subsumtionsirrtums übersehen und so das Urteil der Vorinstanz zu Unrecht aufgehoben wurde. Denn die Angeklagte hatte ihr Verhalten fälschlich für eine Umgehung des Vereinszollgesetzes[40] angesehen, obwohl sie alle die Tatsachen kannte und auch richtig parallel wertete, die einen unmittelbaren Verstoß begründeten. Sie handelte also mit Verletzungsvorsatz. Die Vorinstanz hatte diesen Vorsatz nur fehlerhaft aus der Umgehungsabsicht hergeleitet. Allerdings könnte ein solcher Subsumtionsirrtum noch im Gewande eines Verbotsirrtums rechtliche Bedeutung erlangen[41].

36 Vgl. dazu oben S. 41 f.
37 Vgl. den Fall RG JW 1918 S. 451.
38 Zu deren Problematik näher Mezger JZ 1951 S. 179.
39 In einer Anmerkung zu RG JW 1918 S. 451.
40 Vom 1. 7. 1869, BGBl. S. 347.
41 Vgl. dazu Welzel LB S. 157.

Nach der Bestimmung der dogmatischen Funktion des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung bedarf nun einer Klärung das Verhältnis gesetzesumgehenden Verhaltens zu der Strafrechtsnorm, der die Umgehung gilt und aus der der Gleichstellungsgrundsatz in der Regel die Sanktion der Gesetzesumgehung im Strafrecht entnimmt[42]. Je nachdem wie diese Frage zu beantworten ist, liegt das Endergebnis der Untersuchung auf der Hand. Denn sollte sich die umgangene Norm nicht mehr so auslegen lassen, daß auch ihre Umgehung in den Normbereich in seiner weitest zulässigen Ausdehnung noch fällt, dann kann die Sanktion der Gesetzesumgehung nur durch eine Maßnahme rechtlich gewonnen werden, die den Rahmen extensiver Interpretation überschreitet und deshalb notwendigerweise mit dem strafrechtlichen Analogieverbot in Konflikt geraten muß. Im folgenden wird daher zunächst versucht, eine Grenze der Auslegung der umgangenen Norm anzugeben, mit der dann anschließend das gesetzesumgehende Verhalten in Beziehung gesetzt werden muß.

I. Die Auslegungsgrenze der umgangenen Norm

Eine Strafnorm bietet, wie jede andere Rechtsbestimmung, der Auslegung[43] drei Anhaltspunkte, den Wortlaut, den Sinn und die Entstehungsgeschichte[44]. Daß diese Elemente bei der Festlegung der Reichweite einer Strafnorm herangezogen werden können und müssen, wird wohl allgemein anerkannt. Die Frage aber, welches Element den Vorrang hat, in welchem Verhältnis alle drei zusammenwirken und welchem die Begrenzungsfunktion der Auslegung zukommt, ist im letzten wohl unlösbar. Sie muß aber dennoch von Lehre und Rechtsprechung in jeder Epoche strafrechtlicher Entwicklung neu bewältigt werden, allerdings eben ohne Anspruch auf zeitlose, unabänderliche Gültigkeit des Ergebnisses. Hinzu kommt noch, daß gerade im Strafrecht immer zugleich Grundfragen des Rechts mit ins Spiel gebracht, daß materielle Gerechtigkeit und Rechtssicherheit beschworen werden[45], daß richter-

42 Von den Sonderfällen der Erschleichung von Strafausschließungsgründen wird zunächst abgesehen.

43 Zur Frage, ob jede, auch die eindeutige Strafnorm auslegbar ist, vgl. Sax, Analogieverbot S. 53.

44 So BGH 6, 131.

45 Vgl. dazu besonders Jagusch in LK zu § 2 StGB Anm. I 1a.

liche Unabhängigkeit und Rechtswillkür[46], individuelle Freiheit und Sicherheitsbedürfnis der Gemeinschaft schlagwortartig in die Diskussion geworfen werden. Deshalb erscheint es sinnlos, den zahlreichen Versuchen, Inhalt und Grenze strafrechtlicher Auslegung zu bestimmen, einen neuen anzufügen, der ebensowenig wie alle anderen eine Gewißheit seiner Richtigkeit gibt. Statt dessen sollen gemeinsame, überwiegend anerkannte Grundsätze der Auslegung insbesondere der Rechtsprechung der oberen Gerichte entnommen werden und zum Maßstab der Überprüfung des Instituts dienen.

1. Auszugehen bei der Auslegung ist vom Sinn des betreffenden Gesetzes. Daß die Auslegung da ihre Grenze findet, wo der Gesetzessinn endet, bezeichnet Sax[47] mit Recht als triviale Feststellung. Die Ermittlung des Normsinns ist daher die erste Aufgabe jeder Auslegung. Für dessen Erforschung sind Entstehungsgeschichte und Zusammenhang der Vorschrift mit anderen bereits bestehenden Bestimmungen von Bedeutung[48], subjektive und objektive Elemente greifen also ineinander[49]. Ausgangsbasis ist dabei der Wille des Gesetzgebers, der sich in der Entstehungsgeschichte widerspiegelt. Nicht aber gilt das für alle Zukunft[50], denn jede Norm führt ein Eigenleben, hat eine vom Gesetzgeber geschaffene Existenz und ist als solche den Einwirkungen ihrer Umwelt, den Veränderungen der Verhältnisse und Erkenntnisse ausgesetzt[51]. Deshalb ist der Sinn und Zweck einer jeden Strafnorm Wandlungen unterworfen, kann sich im Laufe der Geltungsdauer einschränken oder ausdehnen und gibt die Möglichkeit, ein in der Vergangenheit erlassenes Gesetz den Belangen der Gegenwart anzupassen.

Auch die zweite Größe, der Wortlaut der Vorschrift, ist nur äußerlich konstant. Die Bedeutung der verwendeten Begriffe ist ebenfalls variabel und ändert sich im Rahmen der Entwicklung auf wirtschaftlichem und technischem Gebiet oft ganz erheblich[52]. Die Auslegung kann und muß daher danach streben, dem gegenwärtigen Wortsinn bei der inhaltlichen Bestimmung von Normen gerecht zu werden[53].

2. Damit sind die beiden *möglichen Grenzen der* im doppelten Sinne

46 Auf den Zusammenhang zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Auslegungsfreiheit weist Schönke MDR 1947 S. 85 ff. hin. 47 Analogieverbot S. 79.

48 Dies betont BGH 6, 131 bezüglich der Frage, ob § 330 StGB eine Strafe für fahrlässiges Handeln verhängt.

49 Zum Theorienstreit zwischen subjektiver und objektiver Theorie vgl. neuestens Teichmann S. 18 ff. mit weiteren Nachweisen.

50 Stree S. 26. 51 So mit Recht Stree S. 26.

52 Vgl. dazu BGH 1, 145, wo auch die Anwendung chemischer Mittel unter den Gewaltbegriff subsumiert wird, a.A. Reinicke NJW 1951 S. 683.

53 BGH 1, 167 zum Begriff umschlossener Raum.

teleologischen Auslegung aufgezeigt, der Sinn des Gesetzes oder der Wortsinn. Die Frage, welche von beiden dem Wesen und der Aufgabe des Strafrechts besser entspricht, hat die Rechtsprechung dahin beantwortet, daß ein Strafgesetz im Rahmen des nach seinem Wortlaut Möglichen auszulegen ist[54] mit dem Ziel, es den Aufgaben im praktischen Leben anzupassen. Damit wird nicht, wie Baumann[55] ironisch meint, das Strafgesetz zur »Magna Charta für Philologen«; so hat der BGH seine Grenzformel sicher nicht gedacht, daß alle philologischen Wortbedeutungen noch zulässige Auslegung beinhalten. Aber die von Baumann vorgeschlagene natürliche Wortbedeutung verlangt ja auch nicht ein starres Sichklammern an überkommene Begriffsvorstellungen, sondern läßt dem begrifflichen Wandel Raum, so wie der BGH den gegenwärtigen Wortsinn[56] als Grenzlinie der Auslegung herausstellt. Zwar ist damit keine absolut sichere Grenze teleologischer Interpretation gefunden, es werden immer wieder Zweifelsfälle auftreten, die nicht leicht in das Schema einzuordnen sind[57], aber den »Schmerz der Grenze«[58] erspart auch nicht die Annahme des Gesetzessinnes als Auslegungsgrenze, denn auch dann werden Fälle sich finden, die zweifeln lassen, ob der Normsinn sie noch erfaßt oder nicht. Sicher bleiben auch manche strafwürdige Handlungen auf Grund wortlautsbeschränkter Auslegung straflos, die das Gerechtigkeitsgefühl unter die betreffende Strafnorm noch subsumieren möchte, aber auch diese Grenzfälle treten immer auf. Wesentlich ist, daß die mögliche Wortbedeutung der Normen der Strafrechtsanwendung eine Schranke setzt, die formal und damit objektiv vorhersehbar ist. Die Sorge für die Rechtssicherheit des einzelnen und der Schutz vor staatlicher Willkür läßt eine solche Schranke vertretbar, ja notwendig erscheinen. Von dieser Grenze des möglichen Wortlauts muß allerdings eine Ausnahme gemacht werden für offensichtlich mißglückte oder redaktionell fehlerhafte Gesetzesbestimmungen. Hier eine Bindung an den Wortlaut zu verhängen, wäre unsinnig[59].

Abgesehen von dieser Ausnahme aber ist *die Grenze zulässiger Auslegung positiv der Sinn des betreffenden Gesetzes und negativ der*

54 So BGH LM § 250 Nr. 14, ähnlich Boldt S. 59, »soweit ein sinnerfüllter Wortlaut reicht«; vgl. auch BayObLG NJW 1963 S. 1632.

55 MDR 1958 S. 394.

56 In diesem Sinne etwa BGH 1, 167.

57 Das betont z. B. Mittermayer S. 412; ähnlich Schönke-Schröder Anm. 45 zu § 2 StGB.

58 Diesen Ausdruck hat H. Mayer geprägt, vgl. Gutachten S. 274.

59 Jagusch LK § 2 Anm. I, 3; Welzel LB S. 20.

mögliche Wortsinn. Innerhalb dieses Bereiches kommt es auf die Funktion der ausgelegten Norm für die Zulässigkeit der Auslegung nicht an, auch belastende Auslegung ist rechtlich erlaubt[60]. Erst wenn die Grenze der Auslegung überschritten ist, kann sich die Frage nach der Zulässigkeit derartiger Rechtsfindung im Verhältnis zum strafrechtlichen Grundprinzip »nullum crimen sine lege« und zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Ausfüllung von Lücken des positiven Rechts stellen.

II. Gesetzesumgehung und Auslegungsbereich der umgangenen Norm

1. Die bisher gewonnenen Grundsätze über die Auslegungsgrenze im Strafrecht gilt es nun auf die umgangene Norm anzuwenden. Gesetzesumgehendes Verhalten muß deshalb, wenn es von der umgangenen Norm durch Auslegung erfaßt werden soll, positiv in den Sinnbereich der Norm fallen, negativ nicht außerhalb ihres möglichen Wortsinns liegen. Der Umgehungstatbestand (a) muß sich also unter die richtig verstandene umgangene Norm (B) subsumieren lassen. Nun wurde aber das gesetzesumgehende Verhalten dahin definiert, daß es den Tatbestand der umgangenen Norm künstlich entgegen dem Normzweck vermeidet. Im positiven Sinnbereich der Norm bleibt die Gesetzesumgehung also, das negative Kriterium, den möglichen Wortlaut der umgangenen Norm kann echte Gesetzesumgehung aber ex definitione niemals erfüllen, denn Vermeidung und Erfüllung eines Tatbestands sind logische Konträrbegriffe, zwischen denen es nur ein Entweder-Oder geben kann, niemals ein Sowohl-Als-auch.

a) Stellt also ein Verhalten (a) *scheinbar* eine Gesetzesumgehung bezüglich der Strafnorm (B) dar, dann kann ausdehnende Interpretation der Norm (B) bis an die zulässige Grenze ergeben, daß dieses Verhalten in Wirklichkeit gar nicht imstande ist, sie zu umgehen, weil sie richtig verstanden auch noch solches Verhalten ergreift[61]. Das scheinbar umgehende Verhalten (a) verstößt also bei genauer Betrachtung unmittelbar gegen die umgangene Norm (B). Von Gesetzesumgehung darf deshalb in einem solchen Fall streng genommen nicht mehr gesprochen werden. *Die richtige Auslegung der umgangenen Norm ver-*

60 BGH 6, 131, neuestens BayObLG NJW 1963 S. 1632.

61 Diese Zusammenhänge hat klar Hensel S. 238 f. aufgezeigt im Hinblick auf die dogmatische Bewältigung der Steuerumgehung; gleiche Gedanken noch später in Steuerrecht S. 99.

eitelt also die scheinbare Gesetzesumgehung[62]. Ein derartiges Beispiel kann unter bestimmten Voraussetzungen Fall 1 darstellen. Angenommen, der Täter befördert das Behältnis unmittelbar vor das Gebäude oder den umschlossenen Raum und öffnet es dort, dann hat er scheinbar § 243 Ziff. 2 StGB umgangen, denn er hat das Tatbestandsmerkmal »aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum« scheinbar nicht erfüllt. Die Rechtslehre[63] legt aber vielfach diese Formel nicht streng räumlich aus, sondern versteht den möglichen Wortsinn so, daß alles Erbrechen von Behältnissen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gebäude oder umschlossenen Raum, aus dem das Behältnis entwendet wurde, darunter fällt. Hält man diese Auslegung, für die sich aus Sinn und Zusammenhang der Wendung gute Gründe anführen lassen[64], für richtig, dann wird dadurch das scheinbar gesetzesumgehende Verhalten des Diebes vereitelt, seine Handlung statt dessen als unmittelbarer Verstoß gegen § 243 Ziff. 2 gekennzeichnet und bestraft. *Scheinbare Gesetzesumgehung ist also auch im Strafrecht unproblematisch,* es gilt nur, sie zu erkennen und unter das umgangene Gesetz zu subsumieren. Dabei muß man sich lediglich davor hüten, im Bestreben, das gesetzesumgehende Verhalten vollständig zu erfassen, die generelle Auslegungsgrenze zu verlassen und das umgangene Gesetz ad hoc zu interpretieren, mit der Folge, daß der Bereich zulässiger, ausdehnender, teleologischer Auslegung überschritten wird. Das Bestreben, Gesetzesumgehungen zu unterbinden, kann also zwar eine Richtschnur der strafrechtlichen Auslegung sein, darf aber keinesfalls die allgemeine Grenze der Auslegung hinausschieben[65].

b) Wird also die scheinbare Gesetzesumgehung durch Auslegung der umgangenen Norm vereitelt, so liegt das Wesen *echter Gesetzesumgehung* darin, daß auch ausdehnendste Auslegung bis an die Grenze des Wortsinnes der umgangenen Norm sie niemals vereiteln kann. Denn Umgehung ist das Gegenteil von Normerfüllung und niemals kann die Auslegung der umgangenen Norm auch das Gegenteil ihrer Verwirklichung durch den Sinn ihres Wortlauts erfassen. Wenn also § 259 StGB das Ansichbringen einer »durch die Vortat erlangten« Sache bestraft und nun der Hehler bewirkt, daß ihm eine Ersatzsache übergeben wird, dann fällt die Ersatzsache als aliud gegenüber der

62 Hensel S. 238.

63 Die Frage ist umstritten, für erweiterte Auslegungen treten ein Schönke-Schröder Anm. 22, Mezger StB II S. 131; Maurach BT S. 207, a.A. aber BGH NJW 1961 S. 418; BayObLG NJW 1958 S. 602.

64 Vgl. dazu OLG München SJZ 1949 S. 201.

65 Ebenso Hensel S. 245.

durch die Vortat erlangten Sache jedenfalls nach der Aufrechterhaltungstheorie nicht unter diesen Begriff[66], auch bei Auslegung bis an die Grenze des Zulässigen nicht. Ebenso enthält der Begriff »Flucht« in § 142 StGB (Fall 6) in seinem natürlichen Wortsinn keine Bedeutung, die es erlauben würde, sonstige Verdunklungshandlungen darunter zu subsumieren[67]. Schließlich kann auch die ausdehnendste Auslegung des § 24 StVG das Merkmal »ohne Führerschein« nicht so interpretieren, daß ein umgeherisch verlängerter Führerschein noch in den Normbereich fällt[68]. Nichts anderes gilt im Strafanwendungsrecht (Fall 10). Durch Auslegung aller Ausnahmen des Territorialprinzips für Auslandstaten läßt sich die gesetzesumgehende Auslandstat nicht mit der inländischen Rechtsordnung verknüpfen[69]. Auch Fall 11 bleibt in diesem Rahmen. Eine unmittelbare Verletzung des § 42 m StGB liegt in der Anordnung eines Fahrverbots als Auflage nicht.

c) Nur in den Fällen der *Umgehung von strafausschließenden Normen* läßt sich die bisher angedeutete Parallelität nicht durchführen. Die umgangene Norm ist hier jeweils erfüllt, die Voraussetzungen der Notwehr liegen vor (Fall 7), die Schuldfähigkeit des Täters fehlt zur Zeit der Tat (Fall 8), der für § 47 MStGB erforderliche bindende Befehl wurde erteilt (Fall 9). Allerdings läßt sich auch keine andere Norm des positiven Rechts feststellen, die speziell für diese Fälle die der Umgehungsbekämpfung entsprechende Unwirksamkeit des Umgehungshandelns als Sanktion verhängen würde, ebensowenig eine Norm des Gewohnheitsrechts. Die gewünschte Rechtsfolge ist durch Auslegung einer anderen Norm also jedenfalls nicht zu ermitteln; insoweit besteht doch eine gewisse parallele Betrachtungsmöglichkeit zu den anderen Fällen.

2. Das Ergebnis ist also eindeutig. *Echte, geglückte Gesetzesumgehung liegt außerhalb des zulässigen Auslegungsbereichs der umgangenen Norm*[70]. Wenn dennoch für das gesetzesumgehende Verhalten dieselbe Rechtsfolge durch das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung verhängt wird, die die umgangene Norm vorsieht, so kann dies *niemals durch Auslegung* der umgangenen Norm gerechtfertigt werden. Diese Erkenntnis, die mit solcher Klarheit als erster wohl Hensel[71] im Jahre 1923 formu-

66 Vgl. OLG Oldenburg NJW 1952 S. 557, Stree JuS 1961 S. 51 ff.
67 BGH 7, 117.
68 a.A. OLG Hamm NJW 1963 S. 1262.
69 a.A. bezüglich des »Rasseverrats« Kohlrausch ZAkDR 1938 S. 335, anders auch Schnorr v. Carolsfeld Iherings Jahrbuch Bd. 88 S. 78 Anm. 100 zu privatrechtlichen Kollisionsnormen.
70 Vgl. auch Hübschmann-Hepp-Spittaler zu § 6 StAnpG II.
71 AaO S. 238.

lierte[72], ist bis heute noch nicht allgemein anerkannt. So behauptete noch jüngst v. Gamm[73], für das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung bestünde keine unmittelbare Notwendigkeit mehr, da teleologische Gesetzesauslegung zu ähnlichen Ergebnissen kommen könne. Auch der Satz, den Rietzsch vertrat[74], ist so, wie er formuliert ist, logisch nicht haltbar. Keine Rechtsnorm kann zugleich auch die zu ihrer Umgehung begangenen Taten unmittelbar erfassen, jedenfalls solange man an der Auslegungsgrenze des Wortlauts festhält. Sieht man aber umgekehrt den Gesetzessinn als Auslegungsgrenze an, dann sind echte Umgehungen undenkbar, denn eine Handlung kann unmöglich dem Normsinn zuwiderlaufen, aber den rein teleologisch verstandenen Tatbestand der umgangenen Norm dennoch vermeiden. Damit ist auch klargestellt, daß alle die Entscheidungen[75], die glaubten, Umgehungshandlungen unter die umgangene Norm subsumieren zu können, unhaltbar sind, gleich, ob sie dieses Ergebnis unmittelbar erreichten[76] oder dadurch, daß sie der umgangenen Norm eine Umgehungsklausel ähnlich § 6 StAnpG hineininterpretierten[77]. Dieser Weg ist bei echten gesetzesumgehenden Handlungen nicht gangbar. Ob diese Entscheidungen deshalb auch im Ergebnis unhaltbar sind, muß an dieser Stelle noch offen bleiben.

Demgegenüber wird das Verhältnis von gesetzesumgehender Handlung und umgangener Norm unabhängig von Hensel in der französischen Literatur[78] auch für das Strafrecht richtig gesehen und erkannt, daß die Bekämpfung der Gesetzesumgehung nur mit Hilfe – unzulässiger – ausdehnender Auslegung[79] durchgeführt werden kann, die mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Zum gleichen Ergebnis kommt Maday[80] für das Schweizer Strafrecht. In der neueren Literatur zur Umgehung im Strafrecht findet sich die dargestellte Ansicht im Rahmen der Diskussion zu § 38 Abs. II S. 2 GWB[81] und bei Bruns[82], allerdings zu einem Fall, der aus subjektiven

72 Ähnlich, jedoch mit anderer Folgerung, Barthelmeß S. 24.
73 AaO S. 259, ähnlich Witschel S. 94.
74 Ministerialkommentar S. 272, Rietzsch-Peren-Schneider S. 256.
75 z. B. RG 18, 45; RG LZ 1915 S. 1154; BayObLG JW 1916 S. 1208; RG RStBl 1934 S. 1113.
76 RG JW 1933 S. 2140.
77 RG 22, 361.
78 Ligeropuolo S. 336; Desbois S. 89.
79 Ligeropuolo S. 327.
80 AaO S. 85.
81 z. B. Hübner Anm. 5; Hengstenberg WuW 1958 S. 442.
82 AaO S. 147 ff.

Gründen keine echte Gesetzesumgehung darstellt[83]. In der Rechtsprechung wird die Meinung, das gesetzesumgehende Verhalten könne niemals unter die umgangene Norm subsumiert werden, vor allem in der schon mehrfach zitierten Entscheidung des Reichsgerichts zum Vereinszollgesetz[84] vertreten, wo es heißt, wer ein Strafgesetz umgehe, verwirkliche seinen Tatbestand gerade nicht. Mittelbar läßt sich dieselbe Ansicht auch in der Grundsatzentscheidung des BGH[85] zu § 38 Abs. II S. 2 GWB feststellen. In diesen angeführten Stellen aus Literatur und Rechtsprechung findet also die These, daß gesetzesumgehendes Verhalten und umgangene Norm sich gegenseitig ausschließen, daß zulässige Auslegung der umgangenen Norm niemals echte Gesetzesumgehung erfassen kann, ihre Bestätigung.

§ 12 Gesetzesumgehendes Verhalten und Umgehungsnorm

I. Der Begriff der Umgehungsnorm

Die Untersuchungen des vorherigen Kapitels haben ergeben, daß gesetzesumgehendes Verhalten auch bei weitester Auslegung der umgangenen Norm nicht unter deren Normbereich subsumiert werden kann. Deswegen bewegt sich aber ein solches Verhalten nicht in einem rechtsfreien Raum. Vielmehr finden darauf andere Normen Anwendung, die für den von der gesetzesumgehenden Handlung dargestellten Lebenssachverhalt ihrerseits Rechtsfolgen festlegen, die naturgemäß in der Regel von anderer Art sind als die von der umgangenen Norm verhängten. Diese so zu charakterisierende Norm oder Normgruppe wird mit einem von Maday[86] geprägten Begriff *Umgehungsnorm* genannt.

Die *Wirkung der Umgehungsnorm* besteht *im allgemeinen* darin, den vom Umgehungstäter erstrebten Erfolg rechtlich zu sichern und zu rechtfertigen[87]. Sie kann dabei in Form einer positiv niedergelegten Gesetzesbestimmung auftreten, die für einen konkreten Tatbestand eine spezifische Rechtsfolge verhängt, aber auch eine gewohnheitsrechtliche Norm ähnlichen Inhalts ist denkbar. In den meisten Fällen handelt es sich jedoch weder um das eine noch um das andere, sondern

83 Vgl. dazu oben S. 28.

84 JW 1918 S. 451.

85 BGH 14, 55 ff.

86 AaO S. 44; der Gedanke findet sich schon früher, etwa bei Pfaff S. 158 f., Maday hat ihn aber als erster näher durchdacht.

87 Maday S. 45.

der Normbegriff ist weiter zu fassen. Umgehungsnorm in diesem Sinne ist nichts anderes als die Gewährung einer Freiheit, einer Gestaltungsmöglichkeit allgemeinster Art[88].

Speziell kann die Umgehungsnorm aber auch die im Hinblick auf das Ziel der Umgehungsbekämpfung erwünschte Rechtsfolge anordnen. So gesehen ist jedes Umgehungsstrafgesetz eine besondere Umgehungsnorm. Auch das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung ließe sich als gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz hier einordnen.

Auf den Strafrechtsbereich angewandt, bedeutet das, daß die zunächst interessierende *allgemeine Umgehungsnorm* derjenige strafrechtliche Rechtssatz ist, der die vom Täter in allen Fällen erstrebte Straflosigkeit im Ergebnis garantiert. Für Umgehungen auf Tatbestandsebene hat diese Bedeutung der generelle Grundsatz, daß niemand bestraft werden darf, der nicht den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, also nichts anderes als das Prinzip »nullum crimen sine lege«[89] oder, anders ausgedrückt, die Freiheit des Staatsbürgers, sich außerhalb der Grenzen der Strafnormen im straffreien Raum zu bewegen. Bei Umgehungen des Strafanwendungsrechts ist Umgehungsnorm der Rechtssatz, daß keine Auslandstat nach der inländischen Rechtsordnung bestraft werden kann, es sei denn auf Grund einer besonderen Anknüpfungsnorm des internationalen Strafrechts. Der eigenartigen Struktur der Gesetzesumgehung auf der Ebene von Rechtswidrigkeit und Schuld gemäß fallen hier umgangene Norm und Umgehungsnorm zusammen, denn der Täter will ja die Rechtsfolge der umgangenen Norm auf sich ziehen. In diesem Sonderfall kann die Umgehungsnorm also positivrechtliche Natur, wie etwa § 53 StGB, oder gewohnheitsrechtlichen Charakter, wie das Schußwaffengebrauchsrecht[90], besitzen.

Aus dem bisher Gesagten läßt sich erkennen, daß die Umgehungsnorm, vom Sonderfall der Erschleichung eines strafausschließenden Rechtssatzes abgesehen, zur umgangenen Norm in einem diametral entgegengesetzten Funktionsverhältnis steht[91], denn wie Regel und Ausnahme gestattet die eine, was die andere ihrem Sinne nach erfassen, verbieten und bestrafen möchte. Erstreckt nun das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung die Rechtsfolge der umgangenen Norm auf das gesetzesumgehende Verhalten, das ja schon unmittelbar der Rechtsfolge der allgemeinen Umgehungsnorm unterliegt, so stellt sich die Frage nach der Lösung dieser so entstehenden, konkurrenzähnlichen Normen-

88 Maday S. 47, ebenso Römer S. 37.
89 Art. 103 GG, § 2 StGB.
90 Vgl. den Fall RG DR 1939 S. 364.
91 So mit Recht Römer S. 37.

kollision, auf die im folgenden Abschnitt noch näher einzugehen sein wird. Für den hier anstehenden Komplex genügt es festzuhalten, daß allgemeine *Umgehungsnorm diejenige geschriebene oder ungeschriebene Strafrechtsbestimmung ist, deren Anwendung auf das gesetzesumgehende Verhalten dem Täter scheinbar Straflosigkeit garantiert*[92].

II. Gesetzesumgehendes Verhalten als Mißbrauch der Umgehungsnorm

1. Die für das Verhältnis des gesetzesumgehenden Verhaltens zur umgangenen Norm kennzeichnenden Auslegungsschwierigkeiten treten im hier interessierenden Bereich anscheinend nicht auf, denn der Begriffsbestimmung der Umgehungsnorm nach muß diese ja das gesetzesumgehende Verhalten in ihrem Normenbereich erfassen. Denn andernfalls könnte sie keine Rechtsfolge für solches Verhalten bestimmen. Unter den Wortlaut der Umgehungsnorm läßt sich die Umgehungshandlung also immer subsumieren. Die Frage ist aber, ob eine solche Subsumtion dem Sinn der Umgehungsnorm entspricht, denn es erscheint zweifelhaft, ob es mit dem Zweck der Strafrechtsordnung im allgemeinen und der Aufgabe der Umgehungsnorm im besonderen übereinstimmt, für das strafwürdige und gefährliche gesetzesumgehende Verhalten die Rechtsfolge der Straflosigkeit zu verhängen und so den Täter die Früchte und den Erfolg seines Tuns genießen zu lassen. Die *Problemstellung* ist also gerade *umgekehrt* wie im vorhergegangenen Kapitel. Während es dort darum ging, eine Norm ihrem Sinne gemäß auf ein Verhalten auszudehnen, das ihr Wortlaut nicht erfaßte, ist es hier notwendig, die Norm ihrem Sinne entsprechend so einzuschränken, daß sie das betreffende Verhalten nicht mehr erfaßt, obwohl es unter ihren Wortlaut unzweifelhaft fällt.

Ansatzpunkt einer derartigen Lösung ist der *Gedanke des Rechtsmißbrauchs*[93], der als die Krönung der wissenschaftlichen Bemühungen um die Erfassung der materiellen Gerechtigkeit angesehen werden kann[94]. Der Berufung des Gesetzesumgehers auf die von der Umgehungsnorm gewährte Straflosigkeit wohnt in Anbetracht der wenig gesetzesentsprechenden Art seines Handelns ein gewisser mißbräuch-

92 Oder bewirkt, daß der Täter aus dem Grunddelikt statt aus dem Qualifikationstatbestand bestraft wird (Fall 1).

93 Vgl. dazu näher Riezler, Venire contra factum proprium 1912, Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, zur französischen Literatur vgl. Staudinger-Weber 11. Aufl. 1961 § 242 D 6 mit weiteren Nachweisen.

94 So Bruns S. 147.

licher Charakter inne, ein Wesenszug, der schon frühzeitig in der Umgehungslehre auf anderen Gebieten Beachtung fand[95].

2. *Rechtsmißbrauch* ist der Oberbegriff für eine Reihe von Erscheinungen, deren gemeinsames Merkmal darin gesehen werden kann, daß ein Rechtsträger die ihm zustehende, von der Rechtsordnung verliehene Rechtsmacht in einer Weise ausübt, die mit dem Wesen und Zweck des betreffenden subjektiven Rechts nicht mehr in Einklang steht[96]. Die Rechtsmacht, die ein subjektives Recht gibt, ist also nicht unbeschränkt. Esser[97] sieht diese Schranke als jedem Recht immanent an, jedes Recht trägt die Zweckbindung der Institution in sich, der zufolge es besteht. Rechtsmißbrauch hält er deshalb für Rechtsüberschreitung. Diesen Gedanken ergänzt in bezug auf die mißbrauchte Rechtsnorm, die das subjektive Recht verleiht, Siebert[98] dahin, daß die Feststellung des Rechtsmißbrauchs auf der im Wege einer verbesserten Gesetzesauslegung erreichbaren Erkenntnis von dem wahren Rechtsinhalt beruht. Damit ist die für die hier auftretenden Fragen wichtige Beziehung zwischen Rechtsmißbrauch und mißbrauchter Rechtsnorm klargestellt; durch Auslegung dieser Norm kann ein bestimmtes Verhalten, das normgemäß erscheint, sich als mit dem wahren Inhalt unvereinbar erweisen.

Auf die Belange des Strafrechts zugeschnitten bedeutet deshalb Rechtsmißbrauch einen Verstoß gegen den Zweck[99] der geltend gemachten, dem Täter günstigen Strafnorm und damit materielles Unrecht[100], eine Verletzung des »ordre public«[101].

3. Das bisher gewonnene Ergebnis gilt es nun in *Beziehung zum gesetzesumgehenden Verhalten* zu setzen. Dazu wurde bereits dargelegt, daß dieses Verhalten den Tatbestand der jeweiligen Umgehungsnorm ex definitione dem Wortlaut nach erfüllt, daß es andererseits aber dem Wesen des dem Staatsbürger verbleibenden straffreien Bereichs nicht entspricht, wenn diese Straffreiheit durch umgeherische Machenschaften erschlichen wird. Unter Berücksichtigung der Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit der Gesetzesumgehung[102], der Gerechtigkeit ihrer Bestrafung und des Schutzbedürfnisses der Rechtsordnung

95 Vgl. dazu Pfaff S. 158 f., Wacke S. 110 f., Ligeropuolo S. 146.
96 In diesem Sinne Diller S. 665 ff.
97 AaO S. 112 ff., weitgehend aufbauend auf den Gedanken Sieberts.
98 AaO S. 211.
99 So auch Römer S. 41.
100 Diller spricht von »Handeln ohne Recht«, aaO S. 666.
101 Esser S. 117.
102 Vgl. dazu oben S. 42 f. im einzelnen.

läßt sich deshalb nicht bestreiten, daß gesetzesumgehendes Verhalten gegen den richtig verstandenen Normzweck der Umgehungsnorm eklatant verstößt. *Gesetzesumgehendes Verhalten beinhaltet* also einen Rechtsmißbrauch, genauer einen *Mißbrauch der jeweiligen Umgehungsnorm.* Der Gesetzesumgeher entfremdet die ihm Straffreiheit gewährenden Normen ihrem normalen Zweck, ihrer sozialen Bestimmung[103], den Rechtstreuen weitgehend vor Eingriffen der staatlichen Strafgewalt zu bewahren, indem er unter ihrem Schutz Zielen nachstrebt, die mit dem Zweck der Strafrechtsordnung im ganzen und mit dem Sinn der einzelnen umgangenen Normen in Widerspruch stehen, und sich damit keineswegs rechtstreu verhält.

Allerdings ist *nicht jeder Rechtsmißbrauch auch eine Gesetzesumgehung*[104], Rechtsmißbrauch hat einen viel weiteren begrifflichen Umfang. So liegt zwar ein Mißbrauch des Notwehrrechts im Falle 7 vor[105], ebenso aber dann, wenn der Täter den Angriff keineswegs provoziert hat, sondern lediglich durch die Art seiner Abwehr einen Schaden anrichtet, der außer Verhältnis zur Gefährdung des zu schützenden Rechtsgutes steht[106]. Für die hier in Frage stehende Beziehung zwischen gesetzesumgehendem Handeln und Umgehungsnorm ist die Abgrenzung beider Bereiche im einzelnen belanglos. Festzuhalten bleibt, daß in einem solchen Handeln ein Mißbrauch der Umgehungsnorm gesehen werden muß. Die Folgen dieser Erkenntnis für die Zulässigkeit des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung sind im nächsten Abschnitt näher zu erörtern.

103 So versteht Römer S. 28 das Wesen der Gesetzesumgehung im Hinblick auf den Mißbrauchsbegriff.

104 Das läßt sich gut an einem Fall aus dem Zivilrecht erkennen, den das Kammergericht NJW 1951 S. 485 entschieden hat und bei dem beide Institute nebeneinander gebraucht werden.

105 Vgl. BGH NJW 1962 S. 309.

106 So im Falle BayObLG NJW 1954 S. 1378.

2. Abschnitt
Die rechtliche Zulässigkeit des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung

Mit der Klärung der dogmatischen Funktion des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung und mit seiner Einordnung in das System von umgangener Norm und Umgehungsnorm sind die Weichen für die noch zu lösende Frage der Zulässigkeit des Instituts gestellt. Aus den gewonnenen Ergebnissen gilt es nun, Schlüsse zu ziehen, zunächst in der theoretischen Betrachtung und anschließend in der Anwendung auf die Lösung der aufgeworfenen praktischen Fälle.

§ 13 Allgemeine theoretische Grundlagen

Die Untersuchungen der beiden vorhergegangenen Kapitel haben *drei hauptsächliche Zusammenhänge* erkennen lassen. Zunächst hat sich das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung auf allen materiellrechtlichen Gebieten als strafbegründend oder strafschärfend in Fällen erwiesen, die dem ersten Anschein nach straflos oder minder schwer bestraft geblieben wären. Dabei hat sich gezeigt, daß durch Auslegung der umgangenen Norm bis an die Grenze des Möglichen und Zulässigen auf Tatbestandsebene und im Strafanwendungsrecht eine Gleichstellung gesetzesumgehenden Verhaltens mit einer unmittelbaren Verletzung der umgangenen Norm nicht gerechtfertigt werden kann. Ebensowenig konnte Auslegung einer anderen Norm die Unbeachtlichkeit der Erschleichung von Strafausschließungsvorschriften begründen. Schließlich ergab sich eine Konkurrenz des Instituts mit der Umgehungsnorm, die sich der Umgehungstäter mißbräuchlich zunutze macht, um für sein Verhalten Straflosigkeit zu erschleichen.

Von dieser Ausgangslage her, daß auf ein bestimmtes Verhalten die dafür angemessene Norm nicht anwendbar ist, die anwendbare dagegen nicht angemessen erscheint, von dieser Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung aus sind *drei Fragen* generell zu klären, nämlich wie weit der Strafrichter überhaupt befugt ist, eine solche Lücke zu schließen, wie weit ihm speziell der angegebene Weg der Gleichstellung bzw. Unbeachtlicherklärung offensteht, und wie weit sich der Umgehungstäter demgegenüber auf die mißbrauchte Umgehungsnorm berufen kann.

I. Gesetzesumgehung und Gesetzeslücke

1. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung hat, aus der Sicht der Strafrechtsordnung im ganzen gesehen, die Aufgabe, für Fälle eine Sanktion zu verhängen, die das positive strafrechtliche Normensystem nicht mit der Rechtsfolge versieht, die ihrer Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit entsprechen würde. *Das Problem der Gesetzesumgehung ist also letztlich ein Problem der Ausfüllung von Gesetzeslücken*[1] durch richterliche Rechtsfindung. Generelle Zulässigkeit und Umfang richterlicher Rechtsfindung im Verhältnis zum positiven Gesetz und zum Willen des Gesetzgebers ist eine der ewig wiederkehrenden Schwierigkeiten aller Rechtsanwendung. So wenig es möglich erscheint, den Richter lediglich zum »Mund des Gesetzgebers«[2] zu machen, dem eigene auslegende und rechtsfindende Tätigkeit untersagt ist, so schwierig ist andererseits eine Grenze zu ziehen zwischen dem richterlichen Dienst am Gesetz und einer der persönlichen Willkür der Richterpersönlichkeit entspringenden Entscheidung oder einem durch Manipulationen an den Tatbeständen erreichten, politisch erwünschten Ergebnis[3]. Besonders notwendig ist eine solche Grenzziehung im Strafrecht, wo mit Rücksicht auf die Schwere und Bedeutung der richterlichen Eingriffsmöglichkeiten in das Leben der Rechtsunterworfenen jeder Schein von Willkür vermieden werden muß[4]. Ausgangspunkt einer solchen Grenzziehung ist wiederum der Sinn des Gesetzes, unterstützt kann die Überlegung durch den Willen des Gesetzgebers werden, soweit der objektiv erkennbare Sinn diesen Willen nicht oder nur unvollkommen widerspiegelt[5].

2. Daß jedes Gesetz lückenhaft ist, also auch das Strafgesetz, wird heute kaum noch bezweifelt; das positivistische Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung ist überholt[6]. Die *Ursachen solcher Gesetzeslücken* sind vielfältig. Einmal kann der Gesetzgeber bewußt Lücken schaffen, dadurch daß er bestimmte Rechtsbereiche überhaupt nicht oder nur stückweise regelt und die Ausfüllung ausdrücklich[7] oder stillschweigend der Rechtsprechung und Rechtslehre überläßt. Anderer-

1 Dies erkennt richtig Teichmann S. 78.

2 Vgl. dazu Mittermayer S. 412.

3 Zur Gesamtproblematik und zum Verhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit vgl. neuestens Eb. Schmidt DRiZ 1962 S. 401.

4 In diesem Sinne sogar noch die amtl. Begründung zu § 2 n.F. RGBl 1935 I S. 839.

5 So etwa Wachinger S. 66; Schwander S. 25 stellt mehr objektiv auf das ab, was vernünftigerweise als Wille des Gesetzes anzusehen ist.

6 Wachinger S. 65.

7 In diesem Sinne Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, der den Richter anweist, nach der Regel zu entscheiden, die er selbst als Gesetzgeber aufstellen würde.

seits kann er diese Ergänzung des Gesetzes in gleicher Weise auch ausschließen[8]. Häufiger sind unbeabsichtigte Lücken des Gesetzes, die aus Anschauungslücken des Gesetzgebers hervorgehen. Einmal ist die zu ordnende Lebensfülle und die Art und Zahl der regelungsbedürftigen Konfliktsfälle nur selten übersehbar[9], zum anderen hat die einmal erlassene Norm Dauerwirkung, während die ihr unterliegenden Verhältnisse sich laufend verändern und damit aus den ursprünglich geregelten Normbereichen herauswachsen. Diese unbeabsichtigten Gesetzeslücken sind der Hauptanwendungsbereich richterlicher Rechtsfindung. Hier bestehen auch keine Bedenken gegen eine von »denkendem Gehorsam«[10] des Richters geleitete Lückenausfüllung, es sei denn, der Gesetzgeber läßt erkennen, daß er sich selbst die Anpassung des Gesetzes an veränderte Verhältnisse vorbehalten will[11]. Dann kann es nicht Aufgabe des Richters sein, dem Gesetzgeber durch seine Rechtsfindung vorzugreifen. Mit diesem Vorbehalt, in dessen Rahmen im Strafrecht der Grundsatz »nullum crimen sine lege« gesehen werden muß, stehen solche Lücken auch des positiven Strafrechts der richterlichen Ergänzung unbeschränkt offen.

Anders, wenn der Gesetzgeber in bewußter Selbstbeschränkung aus irgendwelchen rechtspolitischen Gründen den Willen erkennen läßt, ein bestimmtes Verhalten für dauernd oder auch nur vorübergehend nicht in eine strafgesetzliche Bestimmung einzubeziehen. Selbst in der nationalsozialistischen Zeit nach Aufhebung des Analogieverbots war anerkannt, daß dann der Richter die Grenzpfähle, die der Gesetzgeber seiner Rechtsschöpfung gesetzt hat, nicht niederlegen darf[12]. Das Reichsgericht betonte wiederholt, daß nur ein Eingreifen des Gesetzgebers dem Richter die Möglichkeit gebe, das Strafgesetz auf Handlungen auszudehnen, die im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses bewußt straffrei bleiben sollten[13]. Erst recht besteht unter rechtsstaatlichen Verhältnissen kein Anlaß, von diesen Grundsätzen der Strafrechtsanwendung abzuweichen. Auch noch so große Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit des Täters können es nicht rechtfertigen, den gesetzgeberischen Willen zu mißachten[14]. Für den Bereich gesetzesumgehenden Verhaltens ergibt sich daraus, daß eine Gleichstellung mit der Sanktion der umgangenen

8 Etwa durch ein Analogieverbot, vgl. § 2 Abs. I StGB, Art. 103 Abs. II GG.
9 Heck S. 173; Hafter S. 134.
10 Wachinger S. 65.
11 Schwander S. 25 spricht hier von qualifiziertem Schweigen des Gesetzgebers.
12 So Goedel DJ 1938 S. 590.
13 Vgl. RG 70, 277; RG DStR 1938 S. 54; zur »Lückenformel« des RG ablehnend Boldt S. 83.
14 BGH 7, 194.

Norm dann niemals in Frage kommen kann, wenn der Gesetzgeber an dieser Stelle der Rechtsanwendung eine unübersteigbare Schranke dadurch gesetzt hat, daß er die richterliche Ausfüllung der betreffenden Lücke ausdrücklich oder stillschweigend ausschloß[15]. *Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung ist also nur zulässig, wenn die Lückenhaftigkeit des damit auszufüllenden Gesetzes vom Gesetzgeber nicht gewollt ist.* Ob und inwieweit dies in den Fällen der Gesetzesumgehung der Fall ist, ergibt die Ermittlung von Sinn und Zusammenhang des Gesetzes unter Berücksichtigung des darin zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willens im Einzelfall.

II. Gesetzesumgehung und Analogieverbot

Für den Fall, daß die rechtsschöpferische Ausfüllung der Lücke des umgangenen Strafgesetzes vom Gesetzgeber generell dem Richter nicht verwehrt ist, also vor allem für gesetzgeberische Anschauungslücken, bleibt nun zu prüfen, ob nicht speziell der Ausfüllung Hindernisse entgegenstehen, die eine Anwendung des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung unzulässig machen. Für das materielle Strafrecht ist hier der Grundsatz »nullum crimen sine lege« zu prüfen, der in § 2 StGB[16] und Art. 103 Abs. II GG seinen positiven Ausdruck gefunden hat. Nach dem gleichlautenden Text beider Vorschriften darf eine Tat nur bestraft werden, wenn ihre Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor sie begangen wurde. Von den verschiedenen Ausprägungen, die der allgemeine Grundsatz im Laufe seiner geschichtlichen Entwicklung[17] gewonnen hat und die in der angeführten Formel enthalten sind, ist an dieser Stelle wichtig das sogenannte Analogieverbot.

1. Unter diesem *Begriff* wird verstanden, daß die Anwendung von Analogie als Mittel der Tatbestandserweiterung unzulässig sei und der Richter auf diesem Wege weder neue Deliktstatbestände schaffen noch vorhandene zuungunsten des Täters ausweiten, noch Straffolgen verschärfen dürfe[18]. Nicht aber ist Analogie grundsätzlich im Strafrecht ausgeschlossen; als allgemeines Prinzip der Rechtsanwendung bleibt sie

15 So auch Friedrichs S. 129, wenn er Gesetzesumgehung begrifflich nur dann annimmt, wenn ein Tatbestand vom Gesetz betroffen wäre, hätte der Gesetzgeber ihn vorausgesehen.

16 In der Fassung des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes BGBl 1953 I S. 735.

17 Zur Geschichte des Grundsatzes n. p. s. l. im Strafrecht vgl. Schem, Die Analogie im Strafrecht, Strafr. Abh. Bd. 369; Schottländer, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes n. p. s. l., Strafr. Abh. Bd. 132; Bohne in Festschrift für Lehmann 1937, S. 71 ff.

18 Schönke-Schröder § 2 Anm. 8.

generell zulässig, soweit sie zugunsten des Täters eingreift[19] und, von der Tatbestandsebene abgesehen, auch zu Lasten des Täters[20]. Dabei kann Analogie in Form der Gesetzesanalogie auftreten, bei der der Richter den Grundgedanken eines einzelnen Rechtssatzes auf einen ähnlichen Fall überträgt, oder als Rechtsanalogie Bedeutung gewinnen, wenn aus der Rechtsordnung immanenten Grundsätzen oder aus Gruppen von Einzelregelungen neue Institute entwickelt werden[21]. Als solches Institut aber wäre die Gesetzesumgehung aufzufassen, wenn man sie aus positiven Umgehungsstrafgesetzen abstrahiert und als allgemeinen Rechtsgrundsatz auf andere Strafgesetze überträgt. Daß eine solche Betrachtungsweise möglich ist, ergibt sich auch aus den oben[22] dargelegten Erwägungen, daß allgemeines Rechtsinstitut und Umgehungsgesetz nichts anderes als verschiedene Ausprägungen desselben Rechtsgedankens, nämlich der Umgehungsbekämpfung, für den Strafrechtsbereich darstellen. Schon unter diesem Gesichtspunkt scheint also eine enge Verwandtschaft zwischen dem Analogieverfahren und der Rechtssatzgewinnung durch das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung zu bestehen.

2. Diese Zusammenhänge werden noch deutlicher, wenn man das gedankliche Schlußverfahren beider Wege zur Ausfüllung von Gesetzeslücken analysiert und miteinander vergleicht.

a) Das *Analogieverfahren* geht, ohne daß in diesem Zusammenhang auf Einzelheiten logistischer und rechtstheoretischer Untersuchungen seines Wesens eingegangen werden soll[23], nach folgender vereinfachter Methode vor sich[24]: Ein zur Entscheidung und rechtlichen Bewertung anstehender Tatbestand (a) ist vom Gesetz ausdrücklich nicht geregelt. Auch unter die ähnliche Tatbestände mit Rechtsfolgen versehende Norm (B) läßt er sich selbst bei deren äußerster zulässiger Auslegung nicht mehr subsumieren. Die rechtliche Verschiedenheit von Tatbestand und Norm ist also logischer Ausgangspunkt jeder Analogie. Nun wird aber behauptet, trotz dieser Verschiedenheit verlange die Rechtsordnung einen – bisher in der Regel nicht ausdrücklich ausgesprochenen – Rechtssatz (B 1), der besagt, wegen seiner Ähnlichkeit mit den der Norm (B) unmittelbar unterfallenden Tatbeständen müsse auch der

19 Vgl. Welzel LB S. 21.

20 Nicht unbestritten, vgl. Frank § 2 Anm. I 2.

21 So Schönke-Schröder § 2 Anm. 22.

22 S. 50 f.

23 Zur Methodik des Analogieverfahrens eingehend Teichmann S. 78 ff. mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Sax, Analogieverbot S. 96 ff.

24 Angelehnt an Hensel S. 238.

fragliche Tatbestand (a) so behandelt werden, als ob (B) anwendbar wäre. An einem Beispiel[25] verdeutlicht, heißt das: § 172 StGB stellt nur Ehebruch unter Strafe. Auch bei weitester Auslegung dieses Begriffes fallen sonstige ehewidrige Beziehungen nicht darunter. Wollte man nun behaupten, bestimmte ehewidrige Beziehungen seien dem Ehebruch in ihrem Unrechtsgehalt so ähnlich, daß die Strafdrohung des § 172 StGB auch auf sie angewendet werden müßte, so würde man damit einen allgemeinen ungeschriebenen Rechtssatz aufstellen, mit dem Ergebnis, daß ehewidrige Beziehungen strafrechtlich so behandelt würden, als wäre § 172 StGB gegeben. Ehewidrige Beziehungen würden also den ehebrecherischen in der Strafdrohung gleichgestellt[26]. Die Frage ist natürlich, ob solch ein ungeschriebener, ad hoc entwickelter Analogiesatz genügen kann, um diese Gedankenoperation im Strafrecht zulässig zu machen. Andererseits kann der Gesetzgeber auch eine richtige *Analogienorm* schaffen und, wie in § 2 n. F. StGB, die Analogie positiv zur Ausfüllung von Strafrechtslücken unter bestimmten Voraussetzungen als zulässigen Weg bestätigen. Das gedankliche Schlußverfahren vom nicht erfaßten Tatbestand auf Grund einer Analogienorm auf die entsprechend anzuwendende Norm ist in beiden Fällen gleich. Lediglich die Zulässigkeit kann für das Strafrecht[27] verschieden beantwortet werden.

b) Analysiert man das *Schlußverfahren bei Anwendung des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung*[28], so ergibt sich folgendes: Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, daß der Täter bewußt und künstlich ein Verhalten (a) gewählt hat, das auch bei weitester Auslegung der umgangenen Norm (B) nicht mehr unter diese Norm subsumiert werden kann. Andererseits erscheint es ebenso strafwürdig wie die unmittelbar von der Norm (B) erfaßten Fälle, insbesondere deshalb, weil der Täter ja dem Normsinn zuwider die Norm lediglich künstlich vermeidet. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung sagt nun, wegen dieser Ähnlichkeit zur umgangenen Norm einerseits und der besonderen Strafwürdigkeit andererseits müsse das gesetzesumgehende Verhalten so behandelt werden, als sei das umgangene Gesetz anwendbar, müsse also unmittelbarem Zuwiderhandeln gleichgestellt werden. Der Hehler an der Er-

25 Nach RG 70, 173.

26 Daß dieser Weg auch unter der Geltung des § 2 n.F. nicht gangbar ist, hat das RG aaO dargelegt; problematisch ist schon, ob hier überhaupt eine ausfüllbare Lücke besteht.

27 Auf anderen Rechtsgebieten ist Analogie in viel weiterem Umfang zugelassen; der Umfang hängt ab von der spezifischen Natur der betreffenden Rechtsgebiete; vgl. dazu Heck S. 182.

28 Speziell für den Bereich der Gesetzesumgehung auf Tatbestandsebene; die dabei gewonnenen Erkenntnisse gelten aber entsprechend auch in den anderen Fällen.

satzsache[29], der den Umtausch der durch die Vortat erlangten Sache veranlaßt hat, fällt nicht mehr in den Auslegungsbereich des § 259 StGB. Weil der Täter aber diesen Tatbestand bewußt ausgeschaltet hat, will ihn das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung so behandeln, als hätte er § 259 StGB erfüllt.

c) Ein *Vergleich* beider Schlußverfahren ergibt eine fast völlige Übereinstimmung. Die Stelle, die im Rahmen der Analogie der allgemeine Rechtsgrundsatz oder die positive Analogienorm (B 1) einnimmt, wird bei der rechtlichen Behandlung des gesetzesumgehenden Verhaltens vom Rechtsinstitut Gesetzesumgehung ausgefüllt. Der einzige Unterschied in den Voraussetzungen beider Institute liegt im Subjektiven[30]. *Analogie betrachtet lediglich objektive Ähnlichkeit, Gesetzesumgehung sieht auf die subjektive Herbeiführung des objektiv ähnlichen Ergebnisses.* Das Kriterium ist der Umgehungsvorsatz, der Wille zu künstlicher Tatbestandsvermeidung. Ein zweiter Unterschied liegt in der rechtlichen Rechtfertigung. Umgehungsfälle zeichnen sich aus durch eine besonders gesteigerte Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit, die normalem normähnlichem Verhalten nicht zukommt. Das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung greift also aus dem analogiefähigen Bereich besonders strafwürdige Fälle heraus und will sie mit den Mitteln des Analogieschlusses der Bestrafung zuführen. *Die echte, geglückte Gesetzesumgehung kann also nur mit Hilfe des Analogieschlusses in das Normensystem* des Rechts im allgemeinen und des Strafrechts im besonderen angemessen *eingeordnet werden.*

Das Verdienst, diese Zusammenhänge zuerst erkannt und klargestellt zu haben, gebührt *Hensel*[31], der die Dogmatik der Gesetzesumgehung zwar speziell für den Bereich des Steuerrechts untersuchte, aber zu generellen Ergebnissen für alle Gebiete der Gesetzesumgehung gelangte. Er hat auch die große Frage aller Umgehungsbekämpfung dahin gestellt, daß es lediglich noch darum gehen könne, ob auf dem Rechtsgebiet, auf dem sich der Richter bewegt, das er gegen Gesetzesumgehungen zu verteidigen habe, der dazu einzig geeignete Analogieschluß[32] zulässig sei. Er gibt eine Antwort darauf, wenn es weiter schluß[32] zulässig sei. Er gibt eine Antwort darauf, wenn es weiter heißt[33]:

29 Vgl. etwa RG 72, 146. 30 Vorausgesetzt man erkennt dem Umgehungsvorsatz überhaupt einen Platz im Umgehungsbegriff zu, anders etwa Teichmann S. 105.

31 AaO S. 245; die gleiche Ansicht hatte vorher sinngemäß Köhler in der Anmerkung zur schon mehrfach zitierten Entscheidung des RG in JW 1918 S. 451 vertreten; ebenso das französische Schrifttum, das von »interprétation extensive« spricht und sie im Strafrecht für unzulässig erklärt; vgl. Desbois S. 85.

32 Ähnlich Desbois S. 82 bei der Unterscheidung zwischen Gesetzesumgehung auf prozessualem und materiellrechtlichem Gebiet. 33 AaO S. 246.

»Der nur durch Analogieschluß herzuleitende Rechtssatz ist auf dem Gebiete des Steuerrechts ebensowenig als Rechtsnorm anzusehen, wie etwa auf dem Gebiete des Strafrechts.«

Ob dieser Satz für das Strafrecht generelle Richtigkeit beanspruchen kann, bleibt im folgenden Kapitel noch zu prüfen. Jedenfalls ist damit klargestellt, *daß eine Bekämpfung der Gesetzesumgehung im Strafrecht so weit ausgeschlossen ist, wie das strafrechtliche Analogieverbot reicht.* Dessen Umfang ist im Rahmen der Lösung der Problemfälle noch im einzelnen zu bestimmen.

III. Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch

Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, daß das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung im Strafrecht insoweit scheitern müßte, als das im Grundsatz »nullum crimen sine lege« verkörperte Analogieverbot reicht. *Derselbe Grundsatz hat sich aber vorher,* jedenfalls im Bereich der Gesetzesumgehung auf Tatbestandsebene, *als die Umgehungsnorm erwiesen, die der Täter des gesetzesumgehenden Verhaltens auf sich ziehen will,* um Straflosigkeit zu erreichen[34]. Dabei wurde festgestellt, daß das besondere Kennzeichen gesetzesumgehenden Verhaltens gerade darin liegt, daß es diese Umgehungsnorm entgegen ihrem Sinne mißbraucht. Deshalb ist zu klären, ob dieser *Mißbrauch des Grundsatzes* für den Täter Folgen nach sich ziehen kann, etwa in dem Sinne, daß er sich auf das ihn an sich schützende Analogieverbot nicht berufen darf.

1. Grundsätzlich *kann der offene Mißbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz beanspruchen*[35], und der Täter, der eine ihm günstige rechtliche Lage mißbraucht, kann sich deshalb nicht auf diese vorteilhaften Rechtsfolgen berufen[36]. Das ist gerechtfertigt aus der Tatsache, daß Rechtsmißbrauch als Überschreitung der immanenten Geltungsgrenzen einer Norm einem Handeln ohne Recht[37], ja einem materiellen Unrecht gleichkommt[38]. Bei der Anwendung dieser Grundsätze ist jedoch allgemein Zurückhaltung geboten und ein strenger Maßstab an den durch teleologische Auslegung zu ermittelnden Gesetzeswillen

34 Vgl. oben S. 89.
35 So RG HRR 1940 Nr. 1143.
36 RG DR 1939 S. 364.
37 Vgl. Diller S. 666.
38 Esser S. 117.

und Gesetzeszweck zu legen[39]. Wie weit einem Rechtssubjekt, das einen ihm günstigen Rechtssatz mißbräuchlich ausnützt, die Berufung darauf verwehrt werden darf, wie weit es dieses Recht verwirkt, hängt wesentlich vom Charakter des betreffenden Rechtes ab. Es kann also Rechtssätze geben, bei denen die Sicherung des öffentlichen Interesses so stark im Vordergrund steht, daß auch die mißbräuchlichste Benutzung durch den einzelnen Rechtsträger ihm nicht die Berufung darauf verwehren kann, Rechte, die somit keiner Verwirkung unterliegen[40].

2. Von solcher Art aber ist der Grundsatz »nullum crimen sine lege«, der für das rechtsstaatliche Strafrechtssystem kontinentaleuropäischer Prägung schlechthin konstituierend ist. Zwar schützt diese strafrechtliche Fundamentalnorm auch das Interesse des einzelnen, in seiner Freiheitssphäre vor Eingriffen der staatlichen Strafgewalt weitmöglichst bewahrt zu bleiben, aber die diese Funktion allein betonende, rein liberalistische Auffassung gehört längst der Vergangenheit an. Heute wird der Grundsatz mit allen aus ihm abgeleiteten Rechtssätzen als Konkretisierung des allgemeinen Rechtsstaatsgedankens, aber auch als uneinnehmbare Schanze, zum Wohl der freien Menschen insgesamt errichtet[41], angesehen. Er verkörpert einen wichtigen Bestandteil der Rechtssicherheit im Sinne einer klaren Vorausberechenbarkeit der strafgerichtlichen Entscheidung und ist damit zugleich Voraussetzung für Gerechtigkeit[42]. Der Grundsatz, mit dem Analogieverbot als seiner wesentlichen Ausprägung, dient also neben dem individuellen Freiheitsschutz auch vornehmlich dem Interesse der Volksgesamtheit und der Rechtssicherheit, also Werten von öffentlicher Bedeutung[43], die auch im Einzelfall nicht durchbrochen werden dürfen, ohne ihre Geltungskraft insgesamt anzutasten. *Das Recht, sich auf das Analogieverbot zu berufen, kann deshalb kein noch so strafwürdiger Täter verwirken.* Ein formales Argument kann diese Überlegung noch stützen. Art. 103 Abs. II GG hat dem Grundsatz Grundrechtscharakter verliehen und damit ihm auch die Bestandsgarantien eines Grundrechts gegeben. Grundrechte aber sind nur unter besonderen Voraussetzungen formeller und materieller Art verwirkbar[44], und nur, soweit Art. 18 GG sie auch ausdrücklich aufführt[45]. Das in Art. 103 Abs. II

39 Dazu näher Diller S. 666.

40 Vgl. dazu BayObLG NJW 1950 S. 697 zur Frage, ob die Berufung auf ein Pfändungsverbot verwirkt werden kann.

41 So Jimenez de Asuâ ZStW 63 S. 166.

42 So mit Recht Eb. Schmidt DRiZ 1962 S. 406.

43 Auf das gesteigerte öffentliche Interesse stellt auch das BayObLG aaO vornehmlich ab.

44 Vgl. dazu näher Maunz-Dürig zu § 18 GG Anm. I 76.

45 Maunz S. 120.

GG verliehene Recht ist in diesem erschöpfenden Katalog nicht enthalten, unterliegt deshalb einer Verwirkung nicht. Die Berufung auf den Grundsatz »nullum crimen sine lege« kann also einem Angeklagten und damit auch jedem Umgehungstäter niemals verwehrt werden, auch nicht mit der Begründung, er mißbrauche dieses ihm verliehene Grundrecht[46], auch nicht, wenn deshalb im Einzelfall volle materielle Gerechtigkeit nicht erreicht werden kann.

§ 14 Die Auswertung der gewonnenen Ergebnisse

Die im vorigen Kapitel gewonnenen theoretischen Ergebnisse gilt es nun auf die zu Anfang der Arbeit aufgeworfenen Problemfälle anzuwenden, sie zu lösen und daraus Schlußfolgerungen für den praktischen Wert des Institutes zu ziehen.

I. Die Lösung der Fälle

Ausgangspunkt aller nun zu treffenden Überlegungen ist die Erkenntnis, daß die Anwendung des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung einmal nur soweit zulässig sein kann, als der Gesetzgeber überhaupt die durch gesetzesumgehendes Verhalten ausgenützte Lücke der richterlichen Ausfüllung freigegeben hat. Die zweite Bedingung ist dann negativ die, daß das strafrechtliche Analogieverbot insoweit nicht gelten darf. Beide zusammen müssen erfüllt sein, um dem Institut einen Anwendungsbereich zu sichern.

1. Die Fälle von Gesetzesumgehung *auf der Ebene von Rechtswidrigkeit und Schuld,* die dadurch gekennzeichnet sind, daß der Täter die objekiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrundes künstlich herbeiführt, bieten *beide geforderten Bedingungen* an. Die in den Fällen 7–9 auftretenden Gesetzeslücken sind so beschaffen, daß kein Wille des Gesetzgebers erkennbar ist, diesen Fragenbereich abschließend zu regeln. Vielmehr ist das Gebiet der Rechtswidrigkeit und Schuld im geltenden Gesetz bewußt sehr sporadisch geregelt und der Ausfüllung durch Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen worden. Auch der Entwurf, der einige der gewohnheitsrechtlich entwickelten Institute ausdrücklich übernommen

46 Im Ergebnis gleicher Ansicht Bruns S. 151; allerdings wird der Berufung auf den Grundsatz n. p. s. l. bereits die Rechtsmißbräuchlichkeit abgesprochen.

hat[47], zeigt insoweit keinen kodifikatorischen Charakter[48]. Richterliche Rechtsfindung in diesem Bereich ist also grundsätzlich zulässig. Das strafrechtliche Analogieverbot beschränkt diese richterliche Lückenfüllung nicht, denn es hat auf der Ebene von Rechtswidrigkeit und Schuld keine Geltung. Entsprechende Anwendung einer Norm oder eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist hier also auch dann zulässig, wenn sie sich zuungunsten des Täters auswirkt[49]. Deshalb bestehen für diesen Bereich keine Bedenken, das auf Grund von erschlichenen Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründen straflose Verhalten mit Hilfe des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung so zu bewerten, als habe der Täter rechtswidrig und schuldhaft gehandelt, dadurch, daß die erschlichenen Tatbestände unbeachtet gelassen werden. Deshalb hat im Falle 7 der Täter den provozierten Angreifer rechtswidrig verletzt[50], im Falle 8 wird der Täter als schuldfähig angesehen und bestraft[51], im Falle 9 dem Täter die Berufung auf den Schuldausschließungsgrund des bindenden rechtswidrigen Befehls verweigert[52]. Damit finden die sonst im Wege der »actio libera in causa«[53] oder ihr nachgebildeter Rechtsfiguren gelösten Fälle[54] in ihrem Ergebnis auf einem ganz anderen Wege ihre Bestätigung. Für den Problemkreis der Gesetzesumgehung auf der Ebene von Rechtswidrigkeit und Schuld läßt sich umgekehrt daraus die Richtigkeit des vom Rechtsinstitut Gesetzesumgehung angewandten methodischen Vorgehens ablesen und der allgemeine Satz ableiten, *daß das Rechtsinstitut auf dieser Ebene unbeschränkt zulässig ist.*

2. a) Für die Fälle der Gesetzesumgehung *auf der Ebene des strafrechtlichen Tatbestands,* die gekennzeichnet sind durch künstliche Vermeidung eines oder mehrerer Merkmale der objektiven Deliktsvoraussetzungen, ist die *generelle Zulässigkeit der richterlichen Lückenausfüllung* ebenfalls unbestritten. Denn die hier vom Täter ausgenützten Gesetzeslücken sind Musterbeispiele für die Folgen gesetzgeberischer

47 So etwa den rechtfertigenden Notstand in § 39 E 1962; den entschuldigenden Notstand in § 40.

48 Es fehlt z. B. eine allgemeine Regelung für die Einwilligung.

49 Das ist für eine entsprechende Anwendung des § 226 a StGB allgemein anerkannt (vgl. Welzel LB S. 87), gilt aber generell.

50 So im Ergebnis BGH NJW 1962 S. 309.

51 Zu diesem Ergebnis kommt auch BGH NJW 1953 S. 1037.

52 So BGH NJW 1964 S. 57.

53 Dazu eingehend Maurach in JuS 1961 S. 373 ff.

54 Auch über die unmittelbare Anwendung des Gedankens des Rechtsmißbrauchs werden derartige Fälle gelöst; vgl. dazu Lenckner GA 1961 S. 300 ff. mit weiteren Nachweisen.

Anschauungsmängel. Die Fälle 1, 2, 3, 4, 6[55] betreffen Lücken, die dadurch entstanden, daß der Gesetzgeber Schleichwege, die zum verpönten Ziel ohne Erfüllung des Tatbestands führen können, nicht erkannte und bei der Abfassung der umgangenen Normen so auch nicht berücksichtigen konnte. Im geltenden Strafrecht ist deshalb die Ausfüllung dieser Lücken durch richterliche Rechtsfindung grundsätzlich unbedenklich zulässig. Anders müßte man allerdings entscheiden, wenn der Entwurf in Kenntnis der Schleichwege die betreffenden umgangenen Normen erneut so fassen würde, daß die genannten Wege offenblieben[56]. Dann müßte bereits das Vorliegen einer ausfüllbaren Lücke verneint werden. Bei § 347 E 1962, der erneut lediglich die Unfallflucht als Entfernung vom Unfallort für strafbar erklärt[57], wäre dieses Ergebnis unumgänglich.

Während also die *positive Zulässigkeitsvoraussetzung* des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung *gegeben* ist, *scheitert* es jedoch auf Tatbestandsebene *am strafrechtlichen Analogieverbot*. Dessen wesentlicher Inhalt besteht darin, Strafbegründung oder Strafschärfung im Wege einer Ausdehnung und Erstreckung von Tatbestandsmerkmalen durch entsprechende Anwendung ausnahmslos für unzulässig zu erklären. Eine Handlung, deren Strafbarkeit nicht das Strafgesetz als solches ergibt, darf niemals durch analoge Anwendung in den Bereich des Strafbaren gezogen[58] oder mit einer schärferen Strafe versehen werden, als positivgesetzlich dafür vorgesehen ist. Diese Funktion hat aber das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung auf Tatbestandsebene, denn es ordnet einem nicht tatbestandsmäßigen Verhalten die Rechtsfolge des umgangenen Gesetzes zu. *Die Anwendung des Instituts auf Tatbestandsebene ist also unzulässig.* Auch die besondere Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit der Umgehungsfälle, die im wesentlichen im Subjektiven begründet liegt, kann eine Ausnahme vom Analogieverbot nicht erzwingen. Die Absicht des Täters, den Zustand der Straflosigkeit auszunutzen, vermag ein nicht vorhandenes Strafgesetz nicht zu ersetzen[59], denn für das Strafrecht muß alles Verhalten, das, mag es

55 Bei Fall 2 sind alle die Varianten gemeint, die auch durch Auslegung nicht mehr unter den Sinnbereich des § 243 Ziff. 2 StGB gebracht werden können.

56 Für Ersatzhehlerei sieht § 288 E 1962 einen besonderen Tatbestand vor; die Fassung des § 236 E 1962 macht Umgehungen der Diebstahlsqualifikation auf dem bisherigen Wege unmöglich.

57 Wie jetzt § 142 StGB.

58 Vgl. Schönke-Schröder § 2 Anm. 9.

59 So Kohlrausch StGB 37. Aufl. § 2 Anm. II, mit der Begründung, aus der Existenz von Umgehungsgesetzen im Nebenstrafrecht ergebe sich, daß generell Umgehungen straflos bleiben müßten.

noch so rechtswidrig und schuldhaft[60] sein, nicht in die gesetzlich geprägten Typen einreihbar ist – das Atypische –, ein nicht strafbares Verhalten bleiben[61]. Die Ersatzhehlerei muß dementsprechend nach geltendem Recht straflos bleiben (Fall 2), denn dieses Verhalten ist zwar durchaus verwerflich, dies allein begründet aber noch nicht seine Strafbarkeit[62]. Das Erbrechen von Behältnissen bewußt außerhalb des Diebstahlsortes kann nicht ausreichen, um die Tat als qualifiziertes Delikt zu bewerten (Fall 1)[63]. Die Vermeidung des Tatbestands des § 182 StGB ist straflos, auch wenn sie bewußt herbeigeführt wurde (Fall 3), erst recht dann, wenn sie der Täter sich lediglich zunutze macht[64]. Die Umgehung von Führerscheinbestimmungen kann es nicht rechtfertigen, den Fahrer wegen Fahrens ohne Führerschein zu bestrafen, auch wenn es unbillig erscheint, solche Schleichwege strafrechtlich anzuerkennen (Fall 4)[65]. Schließlich kann eine Ausdehnung des § 142 StGB auf sonstige Verdunklungshandlungen, so wünschenswert sie sein mag, nur der Gesetzgeber und nicht der Strafrichter einführen, ohne gegen das in § 2 StGB enthaltene Analogieverbot zu verstoßen (Fall 6)[66].

Gesetzesumgehendes Verhalten auf Tatbestandsebene ist also generell straflos, so wenig erwünscht dies auch im Einzelfall sein mag, so sehr man aus rechtspolitischen und gerechtigkeitsbedingten Erwägungen dagegen angehen möchte. Der letzte, im Geltungsbereich des Analogieverbotes noch möglich erscheinende Weg, dem Umgehungstäter die Berufung auf das Analogieverbot zu verweigern, hat sich bereits im vorherigen Kapitel als nicht gangbar erwiesen. Es muß also bei der Erkenntnis bleiben, die das Reichsgericht[67] schon vor beinahe 50 Jahren lapidar dahin formulierte:

»Wer ein Strafgesetz umgeht, also seinen Tatbestand nicht verwirklicht, kann aus dem Gesetz nicht bestraft werden, auch dann nicht, wenn er Zwecke verfolgt oder erreicht hat, denen das Gesetz entgegentreten will.«

60 Beide Begriffe im untechnischen Sinne verstanden, denn nur tatbestandsmäßiges Verhalten kann Rechtswidrigkeit und Schuld im technischen Sinne indizieren.

61 So wörtlich Beling S. 2.

62 Mit dieser Begründung lehnt BGH 9, 137 die Erstreckung des Hehlereitatbestands auf den Mitgenuß gestohlener Sachen ab; für Ersatzhehlerei a.A. bei Aufhebung des Analogieverbots RG 72, 146.

63 So auch BGH NJW 1961 S. 418.

64 So richtig Bruns S. 151; anders zur letzten Variante LG Kaiserslautern JZ 1956 S. 182.

65 a.A. zu Unrecht OLG Hamm NJW 1963 S. 1262.

66 BGH 7, 117.

67 In der unbeachtet gebliebenen Entscheidung JW 1918 S. 451 zum Vereinszollgesetz.

Im Geltungsbereich des Analogieverbotes kann es deshalb auch keine Parallele zur »actio libera« bzw. »actio illicita« auf Tatbestandsebene geben, denn sie würde auf eine Bestrafung kraft Analogie hinauslaufen[68]. Ebensowenig kann mit dem Umgehungsgedanken auf subjektiver Ebene gearbeitet werden, wie Köhler[69] mit Recht bemerkt; denn wer ein Gesetz umgehen will, will es nicht verletzen, handelt also insoweit niemals vorsätzlich. Wird dann doch sein Vorsatz fingiert, so ist das gleichfalls unzulässige Analogie. Die oben[70] angeschnittenen Irrtumsfälle müssen deshalb straflos bleiben, soweit nicht lediglich unbeachtliche Subsumtionsirrtümer vorliegen. *Ein allgemeiner Grundsatz, daß über die Grenzen der Auslegung hinaus auch die Umgehung des Strafgesetzes geahndet werden könne, läßt sich also nicht halten*[71], jedermann darf sein Verhalten so einrichten, daß es von den Maschen des Strafgesetzes nicht erfaßt wird.

b) Damit ist auch die *rechtliche Beurteilung* der Entscheidungen des *Reichsgerichts* klar, die glaubten, auch Umgehungen unmittelbar oder mittelbar durch die umgangene Norm bestrafen zu können[72]. Soweit nicht, was aus den Fundstellen nicht festgestellt werden kann, die zugrundeliegenden Sachverhalte so gelagert waren, daß eine Subsumtion unter die angeblich umgangene Norm doch hätte erfolgen können, also Fälle scheinbarer Gesetzesumgehung vorlagen, widersprechen diese Entscheidungen dem Analogieverbot[73] und sind auch im Ergebnis unhaltbar[74]. Gleiches gilt von der Ansicht *Ligeropuolos*[75], der zwar grundsätzlich wegen des Analogieverbots die Unzulässigkeit des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung anerkennt, aber für »cas extrêmes« eine Ausnahme machen will. Das Analogieverbot enthält eine solche Notstandsklausel nicht. Es gilt in der gegenwärtigen Strafrechtsordnung ausnahmslos, ohne Rücksicht auf besonders gelagerte Einzelfälle.

Nicht so leicht fällt die Beurteilung der Ansicht von *Rietzsch*[76], jede Strafnorm verbiete zugleich ihre Umgehung. Von der oben bestimmten Auslegungsgrenze aus wird man Kohlrausch[77] zustimmen müssen, wenn

68 Die Bemerkung Maurachs JuS 1961 S. 374, der »actio libera« müßten alle Fälle »defekten Verhaltens« unterworfen werden, auch solche, in denen es an der Tatbestandsmäßigkeit solchen Verhaltens fehle, ist deshalb nicht haltbar.

69 In der Anmerkung zu RG JW 1918 S. 451.

70 S. 79.

71 So mit Recht Bruns S. 151.

72 Etwa RG LZ 1915 S. 1154; RG 10, 45; RG JW 1933 S. 2140.

73 So Hartenstein S. 225 zu RG JW 1933 S. 2140.

74 Daß sie methodisch unrichtig sind, wurde oben S. 87 dargelegt.

75 AaO S. 336.

76 Ministerialkommentar S. 272.

77 In Kohlrausch-Lange StGB 38. Aufl. Einl. § 2 Anm. IV, 8.

er behauptet, der von Rietzsch gelehrte Satz gelte weder mit noch ohne § 2 n. F. StGB. Anders, wenn man diese Prämisse aufgibt und wie Sax[78] die Auslegungsgrenze im Sinn der betreffenden Norm erblickt und das Analogieverfahren lediglich als Mittel zur vollen Entfaltung dieses Sinnes betrachtet[79]. Dann fällt jede Umgehung noch in den mittels Analogie erweiterten Auslegungsbereich der umgangenen Norm, denn ein Verstoß gegen deren Sinn unter Vermeidung ihres Wortlauts ist ihr wesenseigen. Jede Norm verbietet dann im Ergebnis auch ihre Umgehung. Diese Prämisse entspricht aber nicht der Bedeutung des Gesetzeswortlauts für die Auslegung, wie er oben[80] in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelt wurde. Der Wortlaut und nicht lediglich der Gesetzessinn bestimmt die Auslegungsgrenze im Strafrecht[81]. Von diesem Ausgangspunkt her ist also auch die von Rietzsch vertretene These im Geltungsbereich des Analogieverbots unhaltbar[82].

3. *Auf der Ebene des Strafanwendungsrechts* ist schon sehr fraglich, ob der Gesetzgeber hier eine dem Richter zur Ausfüllung überlassene Lücke geschaffen hat. Denn Sinn der gesetzlichen Anknüpfungsnormen ist es ja gerade, trotz genereller materieller Strafbarkeit gewisse Handlungen im Ausland und durch Ausländer aus der Strafgewalt des jeweiligen Staates herauszunehmen[83]. Das internationale Strafrecht will abschließend festlegen, wann die einheimische Rechtsordnung auf Handlungen von Inländern oder Ausländern anzuwenden ist. Wer seine Anknüpfungsnormen umgeht, es also versteht, deren tatbestandliche Anknüpfungspunkte zu vermeiden, handelt dann jenseits der Grenze, welche das Gesetz selbst seiner bindenden Kraft gesetzt hat[84]. Eine vom Richter auszufüllende Lücke besteht deshalb in diesem Bereich nicht. Der Gesetzgeber hat bewußt Lücken des Gesetzes offen gelassen. *Die Einführung des Umgehungsgrundsatzes kann dementsprechend nur de lege ferenda erfolgen*[85], setzt somit das Tätigwerden des Gesetzgebers voraus. Noch deutlicher wird das für den Entwurf. Hier wurden bereits in der Strafrechtskommission Wege diskutiert,

78 Analogieverbot S. 148, S. 152.

79 In diesem Sinne auch Jescheck MDR 1954 S. 383.

80 S. 83.

81 So BGH LM § 250 Nr. 14.

82 Wenn Rietzsch demgegenüber die zivilrechtliche Nichtigkeit von Umgehungshandlungen zur Rechtfertigung seiner These heranzieht, so ist mit Boldt S. 50 einzuwenden, daß, was im Privatrecht richtig sein mag, es noch nicht für das Strafrecht ist.

83 In diesem Sinne schon Rohland S. 36.

84 Vgl. dazu v. Bar S. 166.

85 So mit Recht Kohlrausch ZAkDR 1938 S. 337.

um besonders umgehungsanfällige Normen vor gesetzesumgehenden Auslandstaten zu schützen[86]. Zwei besonders gefährdete Fälle erhielten deshalb im Entwurf eine ausdrückliche Anknüpfungsnorm als Ausnahme vom grundsätzlichen Territorialprinzip zugeordnet[87]. In der amtlichen Begründung heißt es dazu, nach der Art der Tat wäre zu erwarten, daß eine auf den Inlandstatort begrenzte Strafbarkeit durch Tatortverlegung ins Ausland umgangen werde. Deshalb erscheine eine Ausnahme vom Gebietsgrundsatz geboten[88]. Hier hat der Gesetzgeber das Problem durchaus gesehen, aber bewußt nicht generell durch eine positive Anknüpfungsnorm, sondern speziell in den genannten Fällen geregelt[89]. Daraus kann nur der Schluß gezogen werden, daß in allen anderen denkbaren Umgehungsfällen der Täter eben straflos bleiben soll. *Eine Ausfüllung der verbleibenden Lücken durch den Richter wäre ausgeschlossen, schon aus diesem Grunde also das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung unzulässig.* Die Ansicht, die in Umgehungsabsicht erfolgte Tatortverlegung sei ein selbständiger Strafgrund und befreie den Richter von den Schranken der §§ 3 ff. StGB[90], ist demgemäß unhaltbar[91].

v. Weber[92] sieht diese Problematik durchaus, glaubt aber im Hinblick auf die Durchbrechungen der Grundsätze des internationalen Strafrechts im Rahmen der Rechtsprechung zu den Rassenschutzgesetzen[93], daß die Entwicklung eines klar abgegrenzten allgemeinen Prinzips das kleinere Übel sei gegenüber den sonst unvorhersehbaren Ausdehnungen des einmal erfolgten Einbruchs. Unter den besonderen Verhältnissen der damaligen Zeit erscheint diese Ansicht verständlich, für das heutige und künftige Strafrecht bleibt dieser Weg aber verschlossen. Aus den gleichen Gründen ist auch die im Anschluß an die *Rundverfügung des Reichsjustizministers*[94] vertretene Ansicht in der Literatur[95] und Recht-

86 Vgl. Niederschriften Bd. 4 A. T. S. 410 ff.; S. 11 ff.

87 § 140 (Abtreibung) und § 203 (künstliche Insemination), dazu vgl. § 5 Abs. I Ziff. 13 E 1962.

88 Vgl. Amtl. Begründung zu § 140, E 1962 S. 279.

89 § 5 Abs. II E 1962 enthält allerdings eine weitergehende generelle Bestimmung dieser Art.

90 So im Ergebnis v. Weber S. 266 ff.

91 Kohlrausch ZAkDR 1941 S. 185, ähnlich für das interlokale Strafrecht Schwarz-Dreher 27. Aufl. Vorbem. 5 A vor § 3 ff., allerdings ohne nähere Begründung.

92 AaO S. 276.

93 RG 72, 91; 72, 387; 74, 397; 76, 271.

94 Veröffentlicht bei Krug-Schäfer-Stolzenburg, Strafrechtliche Verwaltungsvorschriften, 1943, S. 463.

95 Vgl. Leppin JW 1937 S. 3079; v. Ammon JW 1936 S. 2963; Kuhn DJ 1936 S. 1008.

sprechung vor allem der unteren Gerichte[96] abzulehnen, § 2 n. F. StGB erlaube eine Ausfüllung der Anknüpfungsnormen für Umgehungsfälle. Es bleibt festzuhalten an der oben gewonnenen Erkenntnis, daß das Strafanwendungsrecht seiner Natur nach vom Gesetzgeber bewußt lückenhaft gelassen ist und deshalb dem lückenfüllenden Rechtsinstitut Gesetzesumgehung verschlossen bleiben muß.

Zum gleichen Ergebnis müßte man aber jedenfalls dann kommen, wenn man mit der überwiegenden Ansicht auch *das Strafanwendungsrecht in das strafgesetzliche Analogieverbot mit einbezieht*[97]. Denn dann käme aus den für die Tatbestandsebene dargelegten Gründen die Anwendung des Instituts letztlich doch nicht in Frage. Die Täterin, die zum Zwecke der Abtreibung ins Ausland fährt, muß also nach geltendem Personalprinzip straflos bleiben, auch wenn sie als Ausländerin ständig im Inland lebt. Im Geltungsbereich des Territorialprinzips gilt das gleiche sowohl für die ansässige Ausländerin als auch jede deutsche Staatsangehörige (Fall 10). Nach der Rechtslage des Entwurfs bleibt die in Deutschland ständig lebende Ausländerin straflos, für die Deutsche schafft § 5 Ziff. 11 eine eigene Kollisionsnorm und führt zur Strafbarkeit.

4. Bezüglich *gesetzesumgehenden Verhaltens von Gerichten* ist ebenfalls die Zulässigkeit der Gleichstellung von Umgehung und unmittelbarer Rechtsverletzung nach beiden gefundenen Kriterien zu überprüfen. Gründe dafür, daß der Gesetzgeber dem Richter die Ausfüllung der Lücken in den Verfahrensgesetzen bzw. materiellen Normen verwehren wollte, sind nirgends ersichtlich. Die Ergänzung des unvollkommenen Gesetzes durch richterliche Rechtsfindung ist deshalb zulässig.

Die Anwendung des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung scheitert auch nicht am Analogieverbot, für den Bereich der Umgehung von Verfahrensnormen deshalb, weil insoweit Analogie zulässig ist[98]. Für den Bereich materieller Normen gilt das gleiche unzweifelhaft dann, wenn sich die Umgehung des Gesetzes zuungunsten des Täters ausgewirkt hat[99], denn insoweit wirkt die Gleichstellung zu seinen Gunsten. Aber auch dann, wenn die Umgehung dem Täter vorteilhaft war, ist das Ergebnis nicht anders. Denn er kann nicht verlangen, besser behandelt

96 Etwa AG Stuttgart DJ 1938 S. 1646; LG Hamburg ZAkDR 1938 S. 569; LG Aachen DJ 1940 S. 372; AG Mannheim DJ 1936 S. 1239.

97 a.A. aber Jagusch LK Bem. 6 vor § 3.

98 So für den Strafantrag Schönke-Schröder § 2 Anm. 20; vgl. auch BGH LM § 97 StPO Nr. 1 m. Anm. Kohlhaas; v. Gerlach NJW 1964 S. 2397.

99 So liegen alle bisher aufgetretenen Fälle, vgl. etwa RG DR 1939 S. 371; RG DStR 1937 S. 162; OLG Köln NJW 1963 S. 2136; MDR 1964 S. 617.

zu werden, als nach recht verstandener materieller Rechtslage ihm zusteht. Das strafrechtliche Analogieverbot ist für ganz andere Fälle geschaffen worden und erfaßt derartige Analogien zuungunsten gar nicht. Deshalb ist Fall 11 dahin zu lösen, daß die in Umgehung der Voraussetzungen des § 42 m StGB verhängte Auflage als rechtsfehlerhaft, wenn auch nicht als nichtig angesehen werden muß[100]. Durch ein zulässiges Rechtsmittel kann deshalb der zu Unrecht mit dem Fahrverbot belastete Täter dessen Aufhebung in der nächsten Instanz erreichen. Darüber hinaus *kann das Institut Gesetzesumgehung in dem genannten Fallgebiet unbeschränkt Anwendung finden*[101].

II. Der Wert des Rechtsinstituts

Faßt man den nach den vorhergegangenen Untersuchungen der Zulässigkeit des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung noch möglichen Anwendungsbereich zusammen, so bleibt nicht viel. Auf der Ebene von Rechtswidrigkeit und Schuld kann die Lösung mit seiner Hilfe durchgeführt werden, sie bringt aber kein anderes Ergebnis als die bisherigen konventionellen Lösungen. Einzig vielleicht der praktisch allerdings weniger bedeutsame Bereich der Gesetzesumgehung durch Gerichte findet so eine dogmatisch klare Bewältigung. Auf den Gebieten aber, die seine Entwicklung anregten, im materiellen und Strafanwendungsrecht, hat sich das Institut als unanwendbar erwiesen und wird es auch bleiben, solange der Grundsatz »nullum crimen sine lege« den tragenden Pfeiler der Strafrechtsordnung darstellt. *Praktisch hat die Umgehungslehre im Strafrecht also eine geringe Bedeutung.*

Ergiebiger ist der Umgehungsgedanke für das theoretische Strafrecht. Wenn ihm auch hier die spektakulären Ergebnisse fehlen, so läßt er doch bekannte strafrechtliche Probleme wie Auslegung, Analogie, Rechtsmißbrauch unter neuen dogmatischen Perspektiven sehen. Dabei werden im wesentlichen die bisherigen Lösungen auf ganz anderen Wegen bestätigt und gleichzeitig gegen die Angriffe derjenigen rechtstheoretisch abgesichert, die glauben, auch im Strafrecht das Gerechtigkeitsideal unbeschränkt durchsetzen zu können. Gerade ein so neuralgisches Gebiet wie die Umgehungsbekämpfung läßt erkennen, daß im Strafrecht noch andere Werte bestehen, die es geraten erscheinen lassen, gelegentlich

100 Zum gleichen Ergebnis kommt OLG Hamm VRS 10, 49.

101 So auch für das französische Recht Ligeropuolo S. 328; er führt noch die ausdrückliche Regelung praktisch aufgetretener Fälle durch den franz. Gesetzgeber an, aaO S. 330; ebenso für den Bereich des Strafprozesses Maday S. 85, vgl. weiter Desbois S. 82.

auch einen strafwürdigen Täter nicht zu bestrafen. Wer deshalb hier nur Positivismus wittert, hat, wie Eberhard Schmidt[102] mit Recht sagt, die ganze Sache nicht begriffen.

102 DRiZ 1962 S. 401.

Vierter Hauptteil
Dogmatik des Umgehungsgesetzes

1. Abschnitt
Struktur und Wesen der Umgehungsgesetze

Die Erörterungen des vorhergehenden Teils der Arbeit lassen sich dahin zusammenfassen, daß das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung zur Verwirklichung der Ziele einer wirksamen Umgehungsbekämpfung wenig geeignet ist. Gerade die der Eindämmung besonders bedürftigen Hauptfälle der Gesetzesumgehung auf Tatbestandsebene und im Bereich des Strafanwendungsrechts haben sich bei der gegenwärtigen Rechtslage als unlösbar erwiesen. Es ist deshalb unumgänglich, auf das Mittel des Umgehungsgesetzes zurückzugreifen, um Strafnormen gegen Gesetzesumgehungen abzusichern. Diese Umgehungsgesetze sind, wie oben[1] schon näher dargelegt worden ist, deshalb dazu besonders geeignet, weil sie einerseits nur die Umgehungshandlungen im eigentlichen Sinne erfassen, und zwar vollständig, andererseits aber noch die Möglichkeit bieten, durch verschärfte Strafen besonders intensiv dagegen einzuschreiten. Die Zahl solcher Umgehungsgesetze im geltenden Strafrecht ist dennoch recht gering geblieben und beschränkt sich fast ausschließlich auf das Nebenstrafrecht. Eine nähere dogmatische Überprüfung haben sie noch kaum gefunden, wenn auch immer wieder Bedenken gegen ihre Gültigkeit geäußert wurden[2]. Die bisher fehlende Gesamtdarstellung ihrer Problematik versuchen die folgenden Kapitel zu geben.

§ 15 Die Stellung der Umgehungsgesetze im Normensystem

I. Die Arten der Umgehungsstrafgesetze

1. Das *Wesen des Umgehungsstrafgesetzes* wurde an früherer Stelle[3] dahin gekennzeichnet, daß es an eine gesetzesumgehende Handlung als Merkmal des objektiven Tatbestands eine Strafe als Rechtsfolge anknüpft[4]. Der Begriff Umgehung beinhaltet aber, wie schon eine ober-

1 S. 52.

2 Vgl. etwa OLG Hamburg JR 1963 S. 309; Strauß S. 275 ff.

3 Oben S. 51.

4 Wenn man vom Normalfall einer Umgehung auf Tatbestandsebene ausgeht; im Falle positiver Erfassung von gesetzesumgehenden Auslandstaten wäre die Rechtsfolge die Anwendung der inländischen Rechtsordnung. Vgl. Art. 10 BayStGB 1861.

flächliche Betrachtung zeigt, immer eine Bezugnahme auf eine oder mehrere andere Normen, denn umgehen kann man nicht für sich betrachtet im normfreien Raum, sondern man umgeht immer »etwas«. Dem Umgehungsgesetz kommt also ganz allgemein eine gewisse Relativität und Akzessorietät hinsichtlich anderer Normen oder Normsysteme zu. Für das Strafrecht bedeutet diese Erkenntnis, daß niemals das abstrakte Umgehen mit Strafe bedroht sein kann, sondern immer nur die Umgehung verschiedenartigster Bezugsnormen. Nach der Art dieser Bezugspunkte lassen sich mehrere Gruppen von Umgehungsstrafgesetzen theoretisch und praktisch unterscheiden.

2. Bezugspunkt solcher Umgehungsstrafgesetze können zunächst Strafnormen im weitesten Sinne sein. Die einfachste Form ist dann die, daß einem bestimmten speziellen Verhalten, das mit Strafe bedroht ist, eine Norm zugeordnet wird, die Umgehungen desselben Verhaltens unter die gleiche oder eine andere Strafe stellt. So bestimmt etwa § 38 Abs. I Ziff. 1 GWB:

> »Eine Ordnungswidrigkeit begeht, wer sich vorsätzlich über die Unwirksamkeit eines Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt . . . «

Diese Strafnorm ergänzt § 38 Abs. II S. 2 GWB durch eine Umgehungsstrafnorm, wenn es dort heißt:

> »Wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der in diesem Gesetze ausgesprochenen Verbote . . . durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben, macht sich ebenfalls einer Ordnungswidrigkeit schuldig[5].«

Hier handelt es sich um den typischen Fall einer *Spezialumgehungsnorm*, wenn auch mit der einen Besonderheit, daß nicht alle Mittel und Wege, die zur Umgehung führen könnten, bestraft werden, sondern nur Empfehlungen. An ein spezifisches strafbares Verhalten knüpft der Gesetzgeber an, nämlich an einen unwirksamen Beschluß, der wettbewerbsbeeinflussend ist. Nicht weiter als das unmittelbare Verbot greift deshalb auch der Umgehungstatbestand[6]. Der Vorteil solcher Spezialklauseln[7] liegt darin, daß sie klar und verständlich mit dem

5 Den langandauernden Meinungsstreit um die Auslegung dieser Vorschrift und ihre Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts hat BGH 14, 55 ff. durch ein Musterbeispiel sinnvoller Interpretation auch entgegen dem offenbar verunglückten Wortlaut der Bestimmung dahin geklärt, daß die Umgehung der Empfehlende begeht und daß sie gleichförmiges Verhalten schon dann bewirkt, wenn sie die Empfehlungsempfänger lediglich in ihrer Willensentschließung beeinflußt. Auch die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, insbesondere dem Analogieverbot wird bejaht.

6 So wörtlich BGH 14, 61.

7 Hensel S. 265 hat dazu für die Steuerumgehung Stellung genommen.

unmittelbaren Verbot verbunden sind und deshalb besonders geeignet erscheinen, bei Wirtschaftsstrafgesetzen den Betroffenen von unnötigen und häufig unwirtschaftlichen Schleichwegen abzuhalten. Der große Nachteil derartiger Klauseln ist allerdings, daß sie selbst dann keinen lückenlosen Schutz vor Umgehungen bieten, wenn der Gesetzgeber sie zu einem ganzen System ausbauen würde[8], es sei denn in dem theoretischen Fall, daß jedem Straftatbestand eine eigene Umgehungsklausel angefügt würde.

Die Rechtslage wäre dann im Ergebnis genau so, wie der Gesetzgeber sie gesetzestechnisch durch eine umfassende *Generalklausel* herbeiführen könnte. Gegenstand einer solchen Umgehungsbestimmung könnte ein bestimmter, abgegrenzter Teil der Strafrechtsordnung sein oder, im Extrem, die Strafrechtsordnung als Ganzes. Für die erstgenannte Variante ist ein Beispiel der oben[9] schon im hier interessierenden Wortlaut angeführte § 396 Abs. IV RAO. Er knüpft an § 396 Abs. I RAO an, der generell für den Gesamtbereich des Steuerrechts die Steuerhinterziehung unter Strafe stellt. Dieser Vorschrift fügt er eine Strafnorm bei für Verhalten, das zwar nicht unmittelbar Steuer hinterzieht, aber doch Steuergesetze umgeht[10]. Die zweite Variante ist gesetzestechnisch noch nie verwirklicht worden. Sie wäre eine positive Niederlegung des von Rietzsch gelehrten Satzes, daß jede Strafnorm zugleich auch ihre Umgehung verbiete[11]. Sie müßte etwa folgendermaßen abgefaßt werden:

»Die Umgehung einer Strafnorm wird wie ihre unmittelbare Verletzung bestraft.«

Eine solche Norm hätte sicher einen lückenlosen Umgehungsschutz zur Folge, wäre aber andererseits von unabsehbarer Tragweite und daher gerade für das rechtsstaatliche Strafrecht mit seinen Idealen von Bestimmbarkeit und Voraussehbarkeit nur sehr wenig geeignet. Aus den gleichen Erwägungen wurden auch im Steuerrecht gegen die Begründung einer Abgabepflicht auf Grund des § 5 RAO und seiner Nachfolger, die im Abgabenrecht dieselbe Funktion ausüben, wie im Strafrecht dieser fiktive Tatbestand sie erfüllen könnte, von Anfang an Bedenken erhoben[12]. An dieser Stelle soll die Problematik nur an-

8 So Hensel S. 266.

9 S. 52.

10 Daß § 396 Abs. IV Steuerumgehungen nicht uneingeschränkt bestraft, kann an dieser Stelle außer Betracht bleiben.

11 Ministerialkommentar S. 272.

12 Vgl. dazu etwa Hensel S. 284, der aus rechtsstaatlichen Gründen Spezialklauseln befürwortet.

gedeutet werden. Eine nähere Untersuchung der Fragen muß im Rahmen der Prüfung der Rechtsgültigkeit solcher Strafnormen noch erfolgen.

Bisher wurde von der Umgehung von Strafnormen ausgegangen. Umgehungsgesetze können aber auch noch andere Ursachen haben. So könnte der Gesetzgeber speziell die Umgehung und nur die Umgehung von zivilrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Normen unter Strafe stellen, etwa deshalb, weil er sie für besonders unerwünscht und strafwürdig hält, die unmittelbare Zuwiderhandlung aber lediglich mit einer außerstrafrechtlichen Sanktion versehen. Ein solcher Fall ist bisher noch nicht aufgetreten, würde sich aber äußerlich nicht von einem normalen Umgehungsstrafgesetz unterscheiden. Der Vollständigkeit halber soll er wenigstens erwähnt werden.

II. Die Funktion der Umgehungsstrafgesetze

Von dem zuletzt erwähnten Sonderfall abgesehen, haben Umgehungsstrafgesetze die *Aufgabe*, Lücken zwischen den umgehungsgefährdeten Strafnormen auszufüllen. Sie setzen an die Stelle der *allgemeinen Umgehungsnorm*, also des Rechtssatzes, der dem Umgehungstäter an sich die erstrebte Straflosigkeit rechtlich sichern würde und den dieser deshalb auf sich ziehen will, eine *spezielle Umgehungsnorm* mit entgegengesetzter, umgehungsbekämpfender Wirkung. Im Unterschied zur Rechtsfolge der allgemeinen Umgehungsnorm – dem Grundsatz »nullum crimen sine lege«[13] –, die sich der Strafwürdigkeit und Gefährlichkeit gesetzesumgehenden Verhaltens unangemessen erwies, verhängt die besondere Umgehungsnorm die nach Art des Verhaltens angebrachte Sanktion. Sie schließt in der Regel damit gleichzeitig als positive lex spezialis die allgemeine Norm aus.

Das Verhältnis des Umgehungsstrafgesetzes zur umgangenen Norm ist also gekennzeichnet durch akzessorische Anlehnung des Umgehungsgesetzes, das Verhältnis zu der vom Umgehungstäter erstrebten, seine Straflosigkeit garantierenden allgemeinen Umgehungsnorm durch Spezialität.

13 Vgl. dazu näher oben S. 88 f.

§ 16 Die Struktur der Umgehungsgesetze

I. Grundformen und Varianten des Umgehungstatbestands

1. Die gegenwärtig geltenden Umgehungsstrafgesetze lassen die Strukturprinzipien dieser Gruppe von Strafnormen nur noch undeutlich erkennen, denn sie enthalten gesetzestechnische Modifikationen verschiedenster Art. Eine Aufhellung des Aufbaus der Umgehungsnorm kann deshalb besser anhand von Beispielen aus der Wirtschaftsstrafgesetzgebung der nationalsozialistischen Zeit erfolgen. So lautete § 1 Abs. I der Preisstrafrechtsverordnung vom 3. 6. 1939[14]:

> »Wer den Vorschriften oder Anordnungen des Reichskommissars für die Preisbildung oder der von ihm mit der Preisbildung beauftragten Stellen vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt, wird ... bestraft.«

§ 1 Abs. III der Verordnung fügte dem die Umgehungsvorschrift an:

> »Als Zuwiderhandlung gilt auch jede Handlung, durch die die Vorschriften oder Anordnungen unmittelbar oder mittelbar umgangen werden.«

Hier ist also ausdrücklich die Umgehung einer Zuwiderhandlung gegen dieselbe Strafnorm gleichgestellt. Dabei wird das Bestreben deutlich, möglichst umfassend vor Umgehungen dadurch zu schützen, daß auch mittelbare, also weiter vom Grunddelikt entfernt liegende Umgehungen ausdrücklich mit gleichgestellt werden. Hinzu kommt noch, daß im Ergebnis sogar fahrlässige Umgehungen für strafbar erklärt werden, denn § 1 führt ja auch fahrlässige Zuwiderhandlungen auf. Dabei soll wenigstens die Frage angedeutet werden, ob fahrlässige Umgehungen begrifflich überhaupt denkbar sind, nachdem doch Umgehungen sich gerade durch einen besonderen, auf künstliche Tatbestandsvermeidung gerichteten, finalen Charakter auszeichnen. Will man nicht doch nur objektiv tatbestandsloses Verhalten treffen, so wird man deshalb in der Regel[15] fahrlässige Umgehungen nicht anerkennen können.

Nach dieser *Grundform* war eine große Anzahl ähnlicher Bestimmungen strukturiert. In einigen von ihnen erklärte der Gesetzgeber den Umgehungsbegriff sogar näher:

> »Als Zuwiderhandlungen sind auch Maßnahmen anzusehen, die, ohne gegen den Wortlaut der erlassenen Bestimmungen zu verstoßen, eine Umgehung darstellen[16].«

14 RGBl 1939 I S. 999.

15 Wenn außer der vorsätzlichen Umgehungshandlung zusätzliche Merkmale gegeben sind, die auch fahrlässig verwirklicht werden können, wie bei § 402 Abs. II RAO, kann schon eine »fahrlässige Umgehung« strafbar sein.

Damit ist als begriffliche Besonderheit der Umgehung anerkannt, daß sie nicht nur den Wortlaut der umgangenen Norm vermeidet, sondern die Anwendbarkeit ihres Tatbestands überhaupt ausschließt, denn sonst hätte es ja der Gleichstellung nicht bedurft.

2. Die gesetzestechnische Grundform des Umgehungsstrafgesetzes stellt also alle vollendeten Umgehungen der unmittelbaren Verletzung gleich. Die *gesetzgeberische Praxis* hat dazu nach mehreren Richtungen hin *Varianten* entwickelt. Einmal werden Formeln gesucht, die die Strafbarkeit der direkten Zuwiderhandlung auch auf versuchte Umgehungen auszudehnen in der Lage sind. So heißt es in § 2 der Preisstopverordnung[17]:

»Es ist verboten, Handlungen vorzunehmen, durch die mittelbar oder unmittelbar die Vorschriften des § 1 umgangen werden oder umgangen werden sollen.«

Durch die Aufnahme des Merkmals mittelbar werden hier schon entferntere Umgehungshandlungen angesprochen, aber auch Handlungen, die gar nicht bis zur vollendeten Umgehung gedeihen konnten, die aus irgendwelchen Gründen stecken geblieben sind und nicht zum gewünschten Erfolg geführt haben, werden bestraft. Das hat im Ergebnis zur Folge, daß alle Umgehungsversuche strafbar sind, also Handlungen, die mit Umgehungsvorsatz einen Anfang der Ausführung dazu machen, den Verbotstatbestand künstlich zu vermeiden[18]. Zweifelhaft wäre dies nur, wollte man das Wort sollen im Sinne von Absicht verstehen, also direkten und bedingten Vorsatz nicht ausreichen lassen. Mit den gesetzgeberischen Intentionen wäre eine solche Auslegung allerdings kaum vereinbar[19]. Neben diesem Weg kann der Gesetzgeber allerdings auch unmittelbar die Strafbarkeit der versuchten Zuwiderhandlung anordnen[20] und damit mittelbar die Strafbarkeit der als Zuwiderhandlung angesehenen Umgehung erreichen.

In anderen Fällen will der Gesetzgeber aus praktischen und rechtspolitischen Gründen eine Einschränkung der grundsätzlich eingeführten Umgehungsstrafbarkeit herbeiführen. Dazu bieten sich vor allem zwei Wege an, die begriffliche Einengung der möglichen Umgehungshand-

16 Anordnung 114 der Hauptvereinigung der deutschen Gartenbauwirtschaft vom 7. 5. 1937 (RNVBl 1937 Nr. 31).

17 Vom 26. 11. 1936 (RGBl I S. 955).

18 Für untaugliche Versuche derart, daß sie in Wirklichkeit unmittelbar unter das umgangene Verbot fallen, bedarf es der Bestimmung allerdings gar nicht; zu diesen Fällen vgl. Hensel S. 238 f. sowie oben S. 84 f.

19 So auch Wagner S. 366.

20 Vgl. etwa § 1 Abs. IV PreisstrafrechtsVO.

lungen und die Festlegung von Zusatzvoraussetzungen, die zur gewöhnlichen Umgehung kumulativ hinzutreten müssen, um das Gesamtverhalten strafbar erscheinen zu lassen. Zur ersten Gruppe gehört beispielsweise § 38 Abs. II S. 2 GWB, wonach nur Empfehlungen, nicht aber andere Maßnahmen, die eine Umgehung bewirkt haben, strafbar sind. Ähnlich schränkt § 6 StAnpG, dessen Definition ja in § 396 Abs. IV RAO hineinzulesen ist, die strafbaren Umgehungen dahin ein, daß es sich dabei um den Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts handeln muß.

In die zweite Gruppe gehört ebenfalls § 396 Abs. IV RAO, denn nach dieser Vorschrift ist eine Steuerumgehung der oben angegebenen Art nur dann strafbar,

> »wenn die Verkürzung der Steuereinnahmen oder die Erzielung der ungerechtfertigten Steuervorteile dadurch bewirkt wird, daß der Täter vorsätzlich Pflichten verletzt, die ihm im Interesse der Ermittlung einer Steuerpflicht obliegen«.

Sämtliche objektiven und subjektiven Voraussetzungen müssen also zusätzlich gegeben sein, wenn eine Strafe für die Steuerumgehung verhängt werden soll[21]. Ganz ähnliche Einschränkungen macht § 402 Abs. II RAO für die sogenannte fahrlässige Steuerumgehung, wobei vorsätzliche und fahrlässige Tatbestandskomponenten nebeneinander stehen müssen[22].

3. Würdigt man die *Wirksamkeit* der angeführten Formen *von Umgehungsstrafnormen* im Hinblick auf eine möglichst weitgehende Umgehungsbekämpfung, so läßt sich sagen, daß einen absoluten Schutz der umgehungsbedrohten Norm nur die als Grundform bezeichnete Formel, verbunden mit der Ausdehnung auf Umgehungsversuche, darstellt. Alle anderen Abwandlungen einschränkender Art bieten ihrerseits einen Anreiz dazu, umgangen zu werden. Besonders § 359 Abs. IV RAO a. F. gab dazu in Verbindung mit der eingehenden Umgehungsdefinition des § 5 RAO a. F. eine leichte Möglichkeit[23]. Eine solche Umgehung der Umgehungsnorm geschieht dann so, daß der Täter zwar im wesentlichen eine strafbare Umgehungshandlung ausführt, aber dabei wieder eine der vielen Zusatzvoraussetzungen vermeidet, so daß auch die Rechtsfolge der Umgehungsstrafnorm nicht eingreifen kann. Denn wie

21 Zur Auslegung von § 396 Abs. IV besonders in strafrechtlicher Hinsicht vgl. näher Troeger-Mayer S. 58 ff.

22 Zur Auslegung dieses Tatbestands, dessen praktische Bedeutung ganz gering ist, vgl. näher Kottke S. 272, Erbs-Kohlhaas zu § 402 Abs. II RAO Anm. 9.

23 Vgl. Hensel S. 276; § 5 RAO a.F. erläuterte den Mißbrauchsbegriff durch abschließend gedachte, detaillierte Beispiele.

bei jeder anderen Strafnorm muß ihr Tatbestand vollständig erfüllt sein, ehe eine Strafe verhängt werden kann. Diesem Nachteil gegenüber steht der Vorzug, daß solche detaillierten Umgehungsstrafnormen den Normunterworfenen weit besser erkennen lassen, wo die Strafbarkeitsgrenze liegt, und deshalb dem rechtsstaatlichen Ideal der Vorhersehbarkeit besser entsprechen als weitere und unbestimmtere Umgehungsstrafnormen. Auf diese Frage wird später noch einzugehen sein.

II. Verschleierte Umgehungsstrafgesetze

Der Normalfall eines Umgehungsstrafgesetzes ist der, daß der Gesetzgeber an ein ausdrücklich als Umgehung im objektiven Tatbestand gekennzeichnetes Verhalten eine Strafe als Rechtsfolge knüpft. In manchen Fällen scheut sich der Gesetzgeber aber bewußt oder unbewußt, den Begriff »umgehen« zu gebrauchen, und faßt Vorschriften so ab, daß sie sachlich wie eine Umgehungsstrafnorm wirken, den Begriff aber nicht oder nur mittelbar verwenden. An der Grenze echter Umgehungsstrafnormen zu solchen Gebilden stehen zwei Vorschriften des Verkehrsrechts, nämlich § 5 Güterkraftverkehrsgesetz[24] und § 6 Personenbeförderungsgesetz[25]. Beide unterscheiden sich zwar in ihrem Wortlaut, besagen inhaltlich aber dasselbe, nämlich, daß gesetzesumgehende Handlungen die öffentlichrechtlichen Verpflichtungen des Täters, besonders die Notwendigkeit, bestimmte verkehrsrechtliche Konzessionen zu besitzen, nicht beeinflussen können[26]. So lautet § 6 PBefG als die jüngere Vorschrift:

> »Die Verpflichtungen des Unternehmers nach diesem Gesetz werden durch rechtsgeschäftliche Gestaltungen oder Scheintatbestände, die zur Umgehung der Bestimmungen des Gesetzes geeignet sind, nicht berührt.«

Mit dieser Formulierung ist zugleich ein materielles öffentlichrechtliches Verbot von Umgehungshandlungen ausgesprochen[27]. Auffallend ist nun, daß in beiden Fällen dieses Verbot bei den Bußdrohungen in § 99 GüKG bzw. §§ 60, 61 PBefG nicht erscheint, unmittelbar also gar nicht mit Strafe bzw. Buße bedroht ist. Mittelbar werden die Umgehungstäter aber doch bestraft. Wer etwa durch Machenschaften der in § 6

24 Vom 17. 10. 1952 (BGBl I S. 697).

25 Vom 21. 3. 1961 (BGBl I S. 241).

26 Nach BGHZ NJW 1960 S. 1057 müssen solche Handlungen unbeachtet bleiben.

27 So etwa Greif PBefG Anm. I zu § 6, ebenso BGHZ NJW 1960 S. 1057, Hein-Eichhoff GüKG Anm. 3 a zu § 5.

PBefG bezeichneten Art eine Konzession umgeht, der kann dadurch seine Verpflichtungen doch nicht beseitigen, wird also so behandelt, als habe er ohne Beförderungskonzession einen Verkehrsbetrieb ausgeübt, und deshalb nach § 60 PBefG bestraft[28]. Im Ergebnis muß also § 60 PBefG und ebenso § 99 GüKG so gelesen werden:

»Wer vorsätzlich oder fahrlässig Personen ... ohne die nach diesem Gesetz erforderliche Genehmigung oder unter deren Umgehung ... befördert, wird ... bestraft.«

Das hat zur Folge, *daß eben doch ein gesetzesumgehendes Verhalten mit Strafe bedroht ist* und daß in beiden Fällen[29] eine, wenn auch verklausulierte Umgehungsstrafnorm mit allen daraus sich ergebenden rechtlichen Konsequenzen angenommen werden muß.

Wieder anders gestaltet sind Vorschriften wie § 315 Abs. I StGB und § 42 Atomgesetz[30]. Beide zählen verschiedene, unter dem Gesichtspunkt der Transportgefährdung bzw. der Vorbereitung des Mißbrauchs von Kernbrennstoffen belangvolle Handlungen einzeln auf und ergänzen dann die Zusammenstellung durch eine Klausel, die auch andere, gleichartige, ausdrücklich nicht erfaßte Handlungen der angedrohten Strafe unterstellen soll. So lautet etwa § 42 Atomgesetz:

»Wer zur Vorbereitung eines bestimmten, nach § 40 Abs. I oder § 41 Abs. II strafbaren Unternehmens Kernbrennstoffe ... herstellt, einführt, sich oder einem anderen verschafft, verwahrt, oder einem anderen überläßt, oder eine ähnliche Handlung gleicher Gefährlichkeit vornimmt, wird ... bestraft.«

§ 315 StGB spricht in Parallele dazu von »ähnlichen Eingriffen«[31]. Der Sinn beider Formulierungen ist der, auch solche Handlungen mit einzubeziehen, die durch Auslegung der ausdrücklich genannten Tatbestandsmerkmale nicht mehr erfaßt werden und die der Gesetzgeber im voraus nicht im einzelnen zu umschreiben vermag, deren Unrechtsgehalt

28 So Erbs-Kohlhaas zu § 6 PBefG.

29 Ganz ähnlich ist noch Art. 1 §§ 6 Abs. II, 8 Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz v. 13. 12. 1935 (RGBl I S. 1478) beschaffen.

30 Vom 23. 12. 1959 (BGBl I S. 814).

31 Auch der Entwurf übernimmt diese Formulierungen in § 326 bzw. § 342 E 1962; weiter könnten in diesem Zusammenhang angeführt werden:
§ 137 StGB »... in anderer Weise der Verstrickung ... entzieht ...«
§ 90 Abs. I StGB »... oder sonstige Handlungen ...«
§ 259 StGB »... oder sonst an sich bringt«.
§ 15 Abs. I Ziff. 1 Ges. über die Arbeitszeit in Bäckereien (RGBl 1936 I S. 521): »... oder anderweitig zu behindern oder zu vereiteln sucht«.
§ 1 Abs. V Gesetz über Detergentien in Wasch- und Reinigungsmitteln v. 5. 9. 1961 (BGBl I S. 1653): »Der Einfuhr und Ausfuhr steht das sonstige Verbringen in den Geltungsbereich und aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes gleich«.

den umschriebenen aber nicht nachsteht[32]. Hier wird eine weitgehende Parallele zu gesetzesumgehenden Handlungen deutlich. Auch sie werden von der Auslegung der umgangenen Norm nicht mehr erfaßt, stehen ihr aber an Unrechtsgehalt und Strafwürdigkeit nicht nach. *Im Ergebnis bedeutet deshalb die Ähnlichkeitsformel nichts anderes als eine besondere Art Umgehungsklausel innerhalb einer Strafnorm.* Die Gültigkeit dieser Art von verschleiertem Umgehungsgesetz bleibt noch zu prüfen.

§ 17 Die Deliktsvoraussetzungen der Umgehungsstraftat

Nach der Darstellung der systematischen Position und Aufgabe der Umgehungsstrafnorm innerhalb des strafrechtlichen Gesetzesgebäudes und nach der Untersuchung der Prinzipien und Gemeinsamkeiten des inneren Aufbaus solcher Normen müssen nun noch die Voraussetzungen der Umgehungsstraftat nach Art und Wesen im einzelnen zusammengestellt und rechtlich gewürdigt werden. Dabei soll nicht eine kommentarmäßige Erläuterung der im geltenden Recht vorkommenden Umgehungsstrafgesetze gegeben werden. Vielmehr gilt es ganz allgemeine, für alle diese Normen gültige Regeln ihrer Anwendung zu entwickeln.

I. Objektiver und subjektiver Tatbestand

1. Begrifflich wurde das Umgehungsstrafgesetz dahingehend gekennzeichnet[33], daß es an eine gesetzesumgehende Handlung als strafrechtliche Rechtsfolge in der Regel die gleiche Strafdrohung wie die umgangene Norm, ausnahmsweise auch eine davon unabhängige Strafdrohung knüpft. Das Tatbestandsmerkmal »gesetzesumgehende Handlung« ist deshalb im Ergebnis, wenn auch nicht unbedingt dem Wortlaut nach, in allen diesen Normen enthalten[34]. Für die praktische Anwendung solcher Bestimmungen geht es deshalb vor allem darum, aus der Vielzahl der in Frage kommenden Handlungen außerhalb des Normbereichs des umgangenen Strafgesetzes die herauszukristallisieren,

32 So die Begründung zu § 326 E 1962.

33 Vgl. oben S. 51.

34 So spricht § 396 Abs. IV RAO von »Steuerumgehung«, § 38 Abs. II S. 2 GWB von »Empfehlungen, die eine Umgehung bewirkt haben«, § 27 Abs. I Ziff. 4 Postgesetz nennt Handlungen »zur Umgehung der Portogefälle«, § 99 GüKG verwendet unmittelbar ebensowenig den Begriff Umgehung wie § 5 GüKG.

die nach dem Sinne und Ziel des Umgehungsgesetzes unter dieses Tatbestandsmerkmal fallen.

Soweit der Gesetzgeber selbst das Tatbestandsmerkmal begrifflich einschränkt, wie in § 38 Abs. II S. 2 GWB auf Empfehlungen, oder im Gesetz selbst oder in einer anderen Norm ausdrücklich definiert, wie in § 6 StAnpG, ist diese Aufgabe relativ einfach zu lösen, denn dann gilt es lediglich noch, den oder die vom Gesetz genannten Begriffe nach allgemeinen Regeln auszulegen und das fragliche Verhalten unter den durch Auslegung gefundenen Norminhalt zu subsumieren. So beschäftigt sich die Rechtsprechung in Steuerstrafsachen fast nur damit, festzustellen, ob das dem Gericht zur Beurteilung vorgetragene Verhalten sich schon als Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts darstellt oder ob der Täter sich noch im Rahmen der generell unter freiheitlichen Gesichtspunkten zulässigen Ausgestaltung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bewegt[35]. Der allgemeine Begriff der Gesetzesumgehung spielt insoweit keine oder nur noch eine ergänzende Rolle. Maßgebend für die Strafbarkeit des Täters ist die Subsumtion seines Verhaltens unter den vom Gesetzgeber selbst ausgefüllten Umgehungsbegriff. Ein Unterschied zum gewöhnlichen Auslegungsvorgang bei der Anwendung eines strafrechtlichen Tatbestandes ist nicht erkennbar[36]. *Für die Gültigkeit dieser Art von Umgehungsstrafnorm kommt es deshalb nur noch darauf an, ob die vom Gesetzgeber gegebene Umschreibung des Umgehungsbegriffes den an eine Strafnorm zu stellenden Anforderungen entspricht.*

Anders ist die Lage, wenn der Gesetzgeber selbst den Umgehungsbegriff inhaltlich weder bestimmt noch einschränkt[37], oder zwar einschränkt, aber dennoch zusätzlich noch mit dem *allgemeinen Umgehungsbegriff* arbeitet[38]. In die gleiche Gruppe gehört der Fall, daß der Gesetzgeber, wie in § 5 GüKG oder § 6 PBefG, zwar eine Erläuterung durch Beispiele für Umgehungen gibt, aber nicht im Sinne einer abschließenden Aufzählung wie in § 5 a. F. RAO, sondern lediglich zur Erläuterung des Gesetzessinnes, so daß zur Bestimmung der

35 Vgl. etwa RG 77, 93, wo für die Feststellung der Erfüllung des objektiven Tatbestands der Begriff Umgehung nicht auftaucht, sondern lediglich mit dem Mißbrauchsbegriff gearbeitet wird.

36 Daß der Begriff der Steuerumgehung an anderer Stelle geregelt ist und nicht innerhalb der Strafvorschrift, hat keine besondere Bedeutung. Ähnliches findet sich im Entwurf etwa in den §§ 10, 11 E 1962.

37 So etwa fast alle Umgehungsnormen aus dem Wirtschaftsstrafrecht des nationalsozialistischen Staates, vgl. § 1 Abs. II PreisstrafrechtsVO, RGBl 1939 I S. 999.

38 § 38 Abs. II S. 2 GWB bestraft zwar lediglich Empfehlungen, verlangt aber, daß sie »eine Umgehung bewirken«.

Grenzen des Umgehungstatbestands und damit der Strafbarkeitsgrenzen überhaupt doch auf den allgemeinen Umgehungsbegriff zurückzukommen ist[39]. Für alle diese Fallgruppen muß also aus dem Tatbestandsmerkmal selbst auf die ihm unterfallenden Lebenssachverhalte ein Schluß gezogen werden, ohne daß ein Rückgriff auf gesetzliche Anhaltspunkte möglich ist. Deshalb ist es naheliegend, sich auf den Ausgangspunkt aller dieser Vorschriften zu besinnen, auf die begriffliche Umgrenzung des Verhaltens, gegen das zum Zwecke der Umgehungsbekämpfung im Strafrecht entweder durch das allgemeine Rechtsinstitut Gesetzesumgehung oder durch das Umgehungsstrafgesetz angegangen werden kann. Im Sinne dieses allgemeinen Begriffs der gesetzesumgehenden Handlung[40] muß deshalb das Tatbestandsmerkmal »umgehen« verstanden und ausgelegt werden. »Umgehen« bedeutet daher, den Tatbestand der umgangenen Norm künstlich vermeiden, aber dennoch gegen deren Sinn und Zweck verstoßen. Die schon früher angedeutete Relativität der Umgehungsstrafnorm findet also hier auf der Ebene ihres Tatbestands ihren Niederschlag. *Objektive Voraussetzung der Erfüllung des Tatbestands der Umgehungsstrafnorm ist demgemäß künstliche, sinnwidrige Vermeidung des Tatbestands der umgangenen Norm.*

Zu diesen Grundvoraussetzungen kommen solche hinzu, die der Gesetzgeber im Rahmen der einzelnen Umgehungsstrafgesetze aufstellt. So muß für § 396 Abs. IV RAO objektiv eine Verletzung steuerlicher Pflichten erfolgt sein, die kausal für die Verkürzung von Steuereinnahmen geworden ist[41]. So muß im Falle des § 38 Abs. II S. 2 GWB die Empfehlung objektiv geeignet sein, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen[42]. Liegen alle allgemeinen und speziellen Merkmale vor, so ist objektiv der Tatbestand der jeweils einschlägigen Umgehungsstrafnorm gegeben. Daß eine Feststellung dieser Merkmale und ihr Nachweis im Einzelfall zu erheblichen Schwierigkeiten führen kann[43], soll nur angedeutet werden.

2. Noch schwerer ist der Nachweis *im subjektiven Bereich*. Erforderlich ist im Regelfall Vorsatz bezüglich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes[44]. Einer besonderen Umgehungsabsicht bedarf es ebenso-

39 Vgl. zum Umfang des Verbotes BGHZ NJW 1960 S. 1057.

40 Dazu näher oben S. 25.

41 Vgl. die eingehende Darstellung von Troeger-Mayer S. 61 ff.; zur Frage, wann den Steuerpflichtigen solche besonderen Pflichten treffen, vgl. Strauß S. 275 ff.

42 So BGH 14, 55.

43 Das betont Wagner S. 366, ebenso Hübner Anm. 11.

44 BGH 14, 55 ff.; auch bedingter Vorsatz müßte ausreichen; ausnahmsweise genügt Fahrlässigkeit oder ein Typengemisch, vgl. § 402 Abs. II RAO.

wenig wie für die Anwendung des Rechtsinstituts Gesetzesumgehung[45], es sei denn, der Gesetzgeber stellt selbst diese Voraussetzung der Bestrafung zusätzlich auf. Die subjektive Einstellung des Täters ist dabei zu ermitteln anhand aller Umstände des Falles[46]. Bedeutsam ist besonders, wie genau der Täter wissen und wollen muß, vor allem, ob er sein Verhalten auch noch richtig als Gesetzesumgehung zu qualifizieren braucht[47]. Wie bei normalen Deliktstatbeständen bedarf es dieser letzten, juristisch richtigen Einordnung nicht. Es genügt, wenn der Täter weiß, daß sein Verhalten, so wie er es einrichtet, sich außerhalb des Tatbestandes der umgangenen Norm bewegt, und daß er diesen Zustand bewußt herbeigeführt hat, weil er den Tatbestand vermeiden wollte. Daß er damit das Gesetz umgangen hat im technischen Sinne, braucht er nicht zu wissen, ebensowenig wie er sein Verhalten richtig unter die Umgehungsstrafnorm subsumieren muß. Umgekehrt kann den Täter seine Unkenntnis der Umgehungswirkung seines Verhaltens unmittelbar nicht vor Strafe retten, denn dieser Irrtum betrifft die Frage der Subsumtion des in seinem Wesen richtig erkannten tatbestandsvermeidenden Verhaltens unter den Umgehungsbegriff, § 59 StGB greift nicht ein[48]. Allerdings kann dieser Irrtum auf der Ebene des zur Schuld gehörigen Unrechtsbewußtseins[49] im Gewande eines beachtlichen Verbotsirrtums doch noch bedeutsam werden[50].

Soweit der Versuch der Umgehungsstrafnorm ebenfalls mittelbar oder unmittelbar mit Strafe bedroht ist[51], können *umgekehrte Irrtümer* relevant werden. So ist es denkbar, daß der Täter Handlungen vornimmt, die er zur Herbeiführung der Tatbestandsvermeidung für geeignet hält, die in Wirklichkeit aber entweder schon die umgangene Norm erfüllen, oder aber völlig außerhalb des Umgehungsbereiches liegen. Bildet er sich hier Umstände ein, die, wäre die vorgestellte Sachlage richtig, zu einem gesetzesumgehenden Verhalten führen würden, so liegt bei entsprechendem Vorsatz ein untauglicher Versuch vor. Anders aber, wenn der Täter auch straflos bliebe, wäre seine Vorstellung richtig. Dann kann sein Glaube, das Gesetz zu umgehen, nur zu einem straflosen Wahnverbrechen führen[52].

45 So auch Wagner aaO.

46 Vgl. dazu Hübner Anm. 2.

47 Zu Irrtumsfragen im ähnlichen Bereich echter Blankettstrafgesetze vgl. Warda, Abgrenzung S. 36 ff.

48 Unklar insoweit Wagner aaO; näher zu diesen Fragen Mezger JZ 1951 S. 179.

49 Dazu BFH BStBl 1960 III S. 111 im Rahmen eines Falles aus dem Steuerrecht.

50 Zu diesen Fragen grundlegend BGH 2, 194 ff.

51 Etwa bei § 397 Abs. I RAO, § 1 Abs. III PreisstrafrechtsVO.

52 Vgl. dazu RG 56, 316.

Eine Prüfung der Gültigkeit der Umgehungsstrafnormen setzt Klarheit über ihre rechtliche Natur voraus. Bisher wurde davon ausgegangen, daß der Inhalt ihres wesensnotwendigen Tatbestandsmerkmals »umgehen« in Anlehnung an den allgemeinen Umgehungsbegriff bestimmt werden müsse. Daß dann dieses Merkmal *normativen Charakter* hat, also zu seiner Ausfüllung einer Wertung durch den Richter bedarf, um angewandt werden zu können, braucht kaum betont zu werden. Dabei handelt es sich sogar um eine Normativität höherer Ordnung, denn, obwohl selbst schon normativ, nimmt es noch Bezug auf die umgangene Norm, die ihrerseits in der Regel normative Elemente enthält.

1. Daß Art und Umfang der strafbaren Fälle generell selbst dann noch nicht mit Sicherheit feststellbar sind, wenn man, wie hier geschehen, den allgemeinen Begriff der Gesetzesumgehung in das Umgehungsstrafgesetz hineininterpretiert, ist ebenfalls nicht zu leugnen. Denn in den dadurch abgesteckten Bereich fällt eine Vielzahl völlig verschiedener Handlungen. So könnte etwa eine Fernverkehrsgenehmigung umgangen werden durch wirklich gewollte Wohnsitzverlegung, durch Miete eines zugelassenen Lkw., durch eine Gesellschaftsgründung, durch Ausnützen einer fremden Konzession, durch entsprechende Scheingeschäfte, durch den Erwerb einer ausländischen Genehmigung und dergleichen mehr. Welche dieser Handlungen nun strafbar sind, ist von vorneherein nicht abschätzbar. Denn wann ist eine Vermeidung des Tatbestands der umgangenen Norm künstlich? Wo liegt die Grenze freier, zulässiger wirtschaftlicher Betätigung? Wann ist ein solches Verhalten so strafwürdig, daß ein Einschreiten mit den Mitteln des Strafrechts in Frage kommt? Die Entscheidung, ob letztlich eine Handlung das geschützte Gesetz umgeht, läßt sich nur im Einzelfall unter Abwägung aller Umstände treffen, *nur für diesen Einzelfall ist also die Umgehungsnorm tatbestandlich näher umgrenzbar*[53]. Generell und im voraus dagegen ist eine Feststellung, welches Verhalten unter den Umgehungsbegriff subsumiert werden kann, fast unmöglich. Normen, die derartige Begriffe enthalten, in denen der Gesetzgeber nicht selbst klarstellt, wie weit er gehen will, sondern bewußt dehnbar, mehrdeutig formuliert, um dem Richter die Möglichkeit zu geben, der individuellen Gerechtigkeit des Einzelfalles Raum zu lassen, haben den Charakter

53 So mit Entschiedenheit Hartung, Steuerstrafrecht, Berlin 1962, S. 68; ebenso Strauß S. 276.

einer *Generalklausel*[54]. Das Tatbestandsmerkmal »umgehen« ist also ein elastischer, eine Mehrzahl von Fällen verschiedener Art und Strafwürdigkeit erfassender Begriff; erst im konkreten Fall kann und muß der Richter feststellen, welche Handlungen strafbar und welche straflos sind.

2. Auf welche Weise ein solcher elastischer Begriff[55] vom Richter auszufüllen ist und, auf ein bestimmtes tatbestandsmäßiges Verhalten hin, konkretisiert werden kann, ist in der Rechtslehre vor allem im Hinblick auf den vagen Tatbestand des »Groben Unfugs« § 360 Ziff. 11 StGB entwickelt worden. Schon v. Bar[56] bezeichnete eine Bestrafung auf Grund derartiger Vorschriften als allgemeinste und unbestimmteste Rechtsanalogie. H. Mayer[57] vertritt die Ansicht, nur mit Hilfe analoger Erwägungen oder des bloßen Rechtsempfindens könne der Richter solche elastischen Tatbestände ausfüllen. Schröder[58] schließlich bezeichnet Tatbestandsbildungen, die der Gesetzgeber bewußt als mehrdeutige und dehnbare Generalklauseln formuliert, um eine individuell gerechte Entscheidungsmöglichkeit des Richters zu schaffen, als *antezipierte Analogie*.

Der für Generalklauseln im allgemeinen ausgesprochene Gedanke, ihre Ausfüllung sei nur durch analoge Rechtsanwendung möglich, wird noch deutlicher, wenn man die strukturbedingte Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals »umgehen« speziell betrachtet. Während sonst der Gesetzgeber lediglich den elastischen Begriff aufstellt und die Art und Weise seiner Ausfüllung offenläßt, verweist die Umgehungsstrafnorm unmittelbar auf die umgangene Norm oder das vermiedene Normsystem als Ausgangspunkt der Ausfüllung. Hier gewinnt die schon mehrmals angeschnittene *Relativität der Umgehungsstrafnorm* ihre entscheidende Bedeutung. Das ihr möglicherweise unterfallende Verhalten muß zum umgangenen Gesetz in Beziehung gebracht und mit dessen Sinn und Wortlaut verglichen werden. Erst daraus kann der Richter Schlüsse ziehen, dahin, ob es sich um eine unmittelbare Zuwiderhandlung gegen die umgangene Norm, um ihre Umgehung oder um schlicht strafloses Verhalten handelt. Eine Auslegung der umgangenen Norm reicht schon ex definitione nicht aus, um diese Beziehungen her-

54 Vgl. Schröder, Gutachten S. 68.

55 Erbs-Kohlhaas zu § 396 Anm. 3 sprechen sogar noch deutlicher von vagen Begriffen; wie hier Amtl. Begr. RStBl 1934 S. 1402.

56 AaO S. 18.

57 Gutachten S. 268.

58 AaO S. 68.

zustellen[59]. Die Auslegung der Umgehungsnorm hingegen kann wegen ihres besonderen generalklauselartigen Charakters nicht zur Bestimmung des Umfangs der Strafbarkeit genügen. *Dazu müssen also zusammenwirken analoge Überlegungen bezüglich der umgangenen Norm und Auslegung der Umgehungsstrafnorm.* Zwar handelt es sich hier nicht, wie beim Rechtsinstitut Gesetzesumgehung, um eine analoge Ermittlung der Rechtsfolge eines Verhaltens, denn die Strafdrohung für die Umgehung hat ja der Gesetzgeber selbst angeordnet[60]. Die Analogie liegt vielmehr im Rahmen der Feststellung des tatbestandsmäßigen Verhaltens im Einzelfall. Am Wesen der dazu erforderlichen Schlußfolgerungen ändert sich aber dadurch nichts.

Für Umgehungsstrafgesetze, die der Gesetzgeber nicht selbst tatbestandlich erläutert, hat er also dem Richter zur Aufgabe gemacht, den Umfang des strafbedrohten Verhaltens durch Analogieerwägungen zur umgangenen Strafnorm zu bestimmen und damit strafrechtliche Tatbestände für die Anwendung im Einzelfall neu zu bilden. *Umgehungsstrafgesetze dieser Art ermächtigen, ja nötigen die Rechtsprechung zu einer ad-hoc-Analogie*[61]. Um das an einem Beispiel zu verdeutlichen: Die Frage, ob eine Empfehlung eine Umgehung des Kartellverbots bewirkt hat, § 38 Abs. II S. 2 GWB, ist aus sich selbst heraus nicht zu beantworten. Es bedarf dazu zunächst der Feststellung, wann ein Verstoß gegen das Kartellverbot vorliegt, ehe daraus geschlossen werden kann, wann derselbe oder ein ähnlicher Erfolg erreicht wurde, ohne den Tatbestand des Kartellverbotes zu verwirklichen. Die Bestimmung des Tatbestandsmerkmals »Umgehung« erfolgt also durch *Ähnlichkeitserwägungen aus dem umgangenen Verbot* auf dieses ihm tatbestandlich nicht mehr unterliegende Verhalten[62]. Erst wenn auf diese Weise feststeht, daß das fragliche Verhalten das Kartellverbot umgeht, kann § 38 Abs. II S. 2 GWB mit seinen weiteren,

59 Zum Verhältnis gesetzesumgehenden Verhaltens zur umgangenen Norm vgl. oben S. 86.

60 Daß es sich deshalb doch um einen Fall der Rechtsschöpfung handeln kann, meint richtig Wilke S. 112.

61 Deshalb sehen mit Recht auch manche Schriftsteller Strafandrohungen für Umgehungshandlungen als einen Ausfluß der Grundsätze des § 2 n. F. StGB an. So etwa Siegert S. 33; Wilke S. 112.

62 BGH 14, 62, ebenso Hübner aaO glauben, durch Auslegung allein zum gleichen Ergebnis kommen zu können. Zuzugeben ist, daß § 38 Abs. II S. 2 GWB ein Grenzfall ist und nahe an einer gesetzgeberischen Bestimmung des Umgehungsbegriffes, wie § 6 StAnpG sie im Steuerrecht gibt, gelegen ist. Dennoch scheint diese Interpretation die Grenzen möglicher Auslegung zu überschreiten. Vertretbar wäre nur, wegen der offensichtlich verunglückten Fassung der Vorschrift hier großzügiger auszulegen. Die Stimmen, die sich bisher zum Analogieproblem bei § 38 GWB äußerten, geben keine Hinweise zu dieser Frage, weil sie von der Auffassung ausgehen, Umgehungstäter sei der Empfehlungsempfänger.

besonderen Voraussetzungen der Strafbarkeit[63] angewandt werden.

Daß die These, die Umgehungsstrafnorm bedürfe zu ihrer Ausfüllung des Analogieschlusses zur umgangenen Norm, richtig ist, zeigt auch der *Vergleich mit* den oben erwähnten *verschleierten Umgehungsgesetzen*. Der Unterschied dieser Varianten liegt doch lediglich darin, daß der Begriff »umgehen« nicht verwendet wird und dementsprechend ein besonderer Umgehungsvorsatz subjektiv nicht zur Tatbestandserfüllung notwendig ist; sonst stimmen Ziel und rechtliche Konstruktion mit der Umgehungsstrafnorm überein. Daß es sich aber bei diesen Tatbestandsmerkmalen um Analogieklauseln handelt, läßt schon ihr Wortlaut ganz deutlich erkennen[64]. Auch der Gesetzgeber ist sich über diese Konsequenzen im klaren, spricht sogar ausdrücklich von Analogieklauseln[65], glaubt aber aus rechtspolitischen Gründen auf derartige Formulierungen nicht verzichten zu können. Nichts anderes gilt dann von den Umgehungsstrafgesetzen, die mit geringen Abwandlungen denselben Zweck erfüllen. Auch sie sind Analogieklauseln und dienen dazu, ein Verhalten strafrechtlich zu erfassen, das gleich strafwürdig erscheint, sich aber der gesetzgeberischen Festlegung weitgehend entzieht[66].

3. Schließlich läßt sich auch das Umgehungsstrafgesetz und sein Tatbestandsmerkmal »umgehen« noch unter einem ganz anderen strafrechtlichen Gesichtspunkt bewerten, nämlich unter dem des *Blankettstrafgesetzes*. Unter diesem Begriff versteht man Strafgesetze, deren Tatbestand zusammenfassend eine Fülle von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften außerhalb des Blankettgesetzes selbst unter Strafe stellt[67]. Die Grenze zum normativen Tatbestandsmerkmal ist dabei flüssig[68]. Eine ähnliche Stellung nehmen aber nun Umgehungsstrafgesetze ein, insbesondere dann, wenn Umgehungen eines ganzen Teilrechtsgebiets in einer derartigen Norm strafrechtlich zusammengefaßt sind[69]. Der Unterschied zur Blankettnorm im obigen Sinne liegt einmal darin, daß gerade nicht Zuwiderhandlungen gegen andere Normen außerhalb des Blankettgesetzes angesprochen sind, sondern Handlungen, die eine

63 Als die hier die »Empfehlung« und das »gleichförmige Verhalten« zu nennen sind. Näher dazu Hübner aaO.

64 »Ähnliche Eingriffe«, § 315 StGB; »ähnliche Handlung gleicher Gefährlichkeit«, § 42 Atomgesetz.

65 Vgl. Amtl. Begründung zum E 1962 § 342.

66 In diesem Sinne die Amtl. Begründung zu § 326 E 1962.

67 So Schönke-Schröder § 59 Anm. 138.

68 Vgl. dazu näher Warda, Abgrenzung S. 41 ff.; BGH 3, 402.

69 Wie etwa bei § 396 Abs. IV RAO, den Erbs-Kohlhaas in Anm. 3 auch als Blankettstrafgesetz bezeichnen.

solche Zuwiderhandlung bewußt vermeiden. Wesentlich aber ist vor allem noch, daß Blankettnormen von anderen durch den Gesetzgeber aufgestellten Normen her ausgefüllt werden müssen, während bei der Umgehungsstrafnorm diese Ausfüllungsfunktion ganz der Rechtsprechung übertragen ist. Sie muß anhand der vom Gesetzgeber dafür vorgesehenen anderen Norm oder Normen erst feststellen, wann ein Täter diese umgeht, also gerade *nicht* verwirklicht. Soweit der Gesetzgeber diese Frage nicht selbst näher beantwortet, muß die Rechtsprechung dann die Blankettnorm durch analoge Rechtsanwendung und Normbildung funktionsfähig machen. Nachdem aber der Inhalt der Ausfüllungsnorm den Tatbestand des Blankettgesetzes bildet[70], führt auch dieser gedankliche Weg zu dem Ergebnis, daß die Tatbestandsbildung beim Umgehungsstrafgesetz durch Analogie erfolgt.

70 So Warda, Abgrenzung S. 36.

2. Abschnitt
Die Zulässigkeit der Umgehungsstrafgesetze

Nachdem in den vorhergegangenen Kapiteln die äußere systematische Stellung der Umgehungsstrafgesetze und ihr innerer Aufbau näher untersucht wurden, bleibt zum Schluß dieses Teils der Arbeit wiederum die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit des hier erörterten Wegs zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung im Strafrecht zu beantworten. Der neuralgische Punkt ist dabei der Begriff »umgehen« selbst, der als das gemeinsame Merkmal des objektiven Tatbestands aller dieser Normen erkannt wurde. Die weiteren, hier unwesentlichen Bestandteile bieten für die Überprüfung ihrer Gültigkeit in der Regel keine besonderen Probleme[1].

Soweit der Gesetzgeber selbst die Worthülse »umgehen« ausfüllt, geht es dabei lediglich um die Rechtsgültigkeit der die Ausfüllung besorgenden Norm[2] unter strafrechtlichen Gesichtspunkten. In allen anderen Fällen hängt die Zulässigkeit dieses Tatbestandsmerkmals und damit das Schicksal der Umgehungsstrafnorm überhaupt ab von seiner Rechtsnatur, insbesondere von der Art seiner Ausfüllung durch den Richter. Dazu wurde im vorhergegangenen Kapitel zweierlei festgestellt. Einmal handelt es sich beim Begriff »umgehen« um ein normatives Tatbestandsmerkmal höherer Ordnung von generalklauselartiger Weite und Elastizität. Aus dieser Eigenschaft könnte sich ein Widerspruch zum *Bestimmtheitsgrundsatz* ergeben. Zum anderen ist die inhaltliche Ausfüllung dieses Merkmals nur durch Analogieschlüsse zur umgangenen Norm möglich. Hier könnte das strafrechtliche *Analogieverbot* verletzt sein. Unter beiden Aspekten der Fundamentalnorm des gegenwärtigen rechtsstaatlichen Strafrechts, des Grundsatzes »nullum crimen, nulla poena sine lege«, ist daher im folgenden die Rechtsgültigkeit der Umgehungsstrafgesetze zu überprüfen.

1 Eine besondere Diskussion hat z. B. die Frage ausgelöst, wann der Täter bei § 396 Abs. IV RAO steuerliche Pflichten verletzt; vgl. dazu Strauß S. 275 f.; BGH NJW 1953 S. 184. Zur Frage des gleichförmigen Verhaltens bei § 38 Abs. II S. 2 GWB vgl. BGH 14, 55 ff.; Hübner aaO mit weiteren Nachweisen.

2 Also etwa des § 6 StAnpG.

I. Wesen und Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes

1. Der Grundsatz »nullum crimen sine lege« hat im Laufe seiner *geschichtlichen Entwicklung* verschiedene Gesichter gewonnen und Ausprägungen erfahren, die über das bloße Analogieverbot weit hinausgehen. Auf welchen dieser aus dem allgemeinen Prinzip abgeleiteten Regeln der Schwerpunkt liegt, ist weitgehend zeitbedingt. Heute ist wohl am bedeutsamsten der Bestimmtheitsgrundsatz, vielleicht als Gegenreaktion auf die Erfahrungen der nationalsozialistischen Epoche[3], bei der sich Kautschukbestimmungen, die auf das gesunde Volksempfinden und ähnliche Generalklauseln abstellten, für Willkür weit geeigneter erwiesen als die von der Rechtsprechung doch recht maßvoll gehandhabte Analogie[4]. Der Glaube an das Gesetz als Garant der Rechtsstaatlichkeit ist damals drastisch widerlegt worden[5]. Daß nicht das formale Bestehen eines Gesetzes entscheidet, sondern sein Inhalt[6], hat eine Zeit bewiesen, die, wie keine vor ihr, gesetzliches Unrecht schuf und es verstand, auch verbrecherische Maßnahmen in das formell unangreifbare Gewand des Rechts zu hüllen. Noch das 19. Jahrhundert und die Zeit vor 1933 hatten vor allem das Analogieverbot, also die formelle Gründung jeder Strafe auf ein Gesetz betont[7], auf besondere inhaltliche, materielle Voraussetzungen aber wenig Wert gelegt. H. Mayer[8] hatte dann als erster auf diese Fragen aufmerksam gemacht[9], aber noch v. Gleispach[10] behauptete, die Verfassungsmäßigkeit von Generalklauseln im Strafrecht sei nie bezweifelt worden.

2. Heute besteht generell Einigkeit, daß Strafgesetze bestimmt sein müssen. Darunter versteht man, daß die staatliche Strafgewalt voraus-

3 Vgl. dazu Sax, Grundsätze S. 1007

4 Die Rechtsprechung des Reichsgerichts aus dieser Zeit ist weitgehend damit beschäftigt gewesen, unzulässigen Ausweitungen im Wege der Analogie durch die Untergerichte entgegenzutreten; vgl. etwa RG JW 1938 S. 1514; RG JW 1937 S. 2697.

5 So mit Recht Class S. 122, ebenso Sax, Grundsätze S. 998.

6 Class S. 122.

7 Nur recht selten klingen auch materielle, inhaltliche Fragen an, so bei v. Bar S. 18; Beling S. 22; aber auch der Entwurf 1906 bemüht sich um eine nähere Bestimmung inhaltlicher Voraussetzungen von Strafnormen, vgl. H. Mayer, Gutachten S. 261; ähnliche Gedanken finden sich aber schon in der Zeit der Französischen Revolution bei Marat und Concordet (zit. nach Günther GS 61 S. 203).

8 Untreue S. 183.

9 Ähnlich wenig später Drost, Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930, S. 16 ff.

10 ZAkDR 1936 S. 269, ähnlich Hubernagel DStR 1934 S. 230.

sehbar, vorausberechenbar, meßbar sein muß[11]. Allerdings heißt das heute nicht, daß jeder einzelne Staatsbürger genau wissen müßte, wie weit er gehen darf. Diese frühere, übertrieben liberalistische Auffassung ist jetzt nicht mehr maßgebend. Das Vorauswissen von Existenz und Tragweite des verwirklichten Strafgesetzes durch den Gesetzesunterworfenen ist deshalb nicht belanglos, berührt aber lediglich in Form einer Irrtumsproblematik Vorsatz oder Schuld, nicht aber die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit des Strafgesetzes[12]. Entscheidend dafür ist, ob Sinn und Umfang eines Tatbestandes objektiv durch Auslegung eindeutig ermittelt werden kann[13]. Auch dann, wenn beides nicht sofort klar übersehbar ist, wird die gesetzliche Bestimmtheit eines Tatbestandes nicht aufgehoben[14]. Dagegen genügt es nicht, wenn erst im Einzelfall, nach der Tat, durch richterliche Wertausfüllung dem Tatbestand der konkrete Inhalt gegeben werden kann[15]. *Der strafrechtliche Tatbestand muß also den Wertungsakt des Gesetzgebers wenigstens umrißhaft erkennen lassen*[16]; der Richter darf nur diesen Wertungsakt zu Ende denken, sich aber niemals dadurch selbst an die Stelle des Gesetzgebers setzen[17] [18], ebensowenig wie ihm diese Aufgabe vom Gesetzgeber übertragen werden darf.

Der Bestimmtheitsgrundsatz hat seinen rechtstheoretischen Ursprung innerhalb des Rechtsstaatsgedankens und erfaßt unter dem Schlagwort der Voraussehbarkeit nicht nur das Strafrecht, sondern das gesamte öffentliche Eingriffsrecht[19]. Den ewigen Streit zwischen der Rechtssicherheit und der durch weite Fassung von Eingriffsnormen möglichen Individualgerechtigkeit entscheidet der Bestimmtheitsgrundsatz zugunsten der ersteren. Die gefährliche Nähe einer willkürlichen Entscheidung auf Grund unscharfer Tatbestände[20] wird dadurch ebenso ver-

11 Maunz-Dürig Art. 103 Abs. II Anm. I, 3.

12 So mit Recht Sax, Grundsätze S. 998; anders BayVerfGH GVBl 1953 S. 75 ff., wo auf die subjektive Ausrichtung des Verhaltens des Rechtsunterworfenen abgestellt wird.

13 Maunz-Dürig Anm. II, 2 zu Art. 103 Abs. II GG.

14 Vgl. BGH 11, 377.

15 So Henkel, Recht und Individualität, Berlin 1958, S. 37.

16 Nach Sax, Grundsätze S. 1069 genügt es, wenn der Wertverletzungstypus inhaltlich eindeutig umrissen ist. Einigkeit bezüglich des dafür maßgeblichen Merkmals besteht allerdings nicht.

17 Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und richterlichem Tatbestandsermessen vgl. neuerdings eingehend Warda, Ermessen S. 19, 21.

18 Deshalb ist wenigstens mißverständlich BGH 2, 194, wo davon die Rede ist, daß der Richter an Stelle des Gesetzgebers entscheiden müsse; vgl. dazu auch H. Mayer, Gutachten S. 270.

19 Maunz-Dürig Anm. I, 3 zu Art. 103 Abs. II GG.

20 Die Willkürgefahr betonen besonders Class S. 138; H. Mayer, Untreue S. 183.

mieden wie ein Einbruch in das Gewaltenteilungsprinzip[21]. Darüber hinaus ist aber der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit der Strafe die Konkretisierung der allgemeinen, individuellen Freiheitsidee an der Stelle, wo diese Freiheit den fühlbarsten Eingriffen ausgesetzt sein kann[22]. Insofern hat dieses Prinzip deshalb seine eigentliche Fundierung in der grundgesetzlich anerkannten Eigenverantwortlichkeit, Freiheit und Würde des Menschen[23].

Zusammengefaßt bedeutet also der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht eine Beschränkung des Strafgesetzgebers bei der Abfassung strafrechtlicher Tatbestände, einerseits im Interesse der Rechtssicherheit, andererseits um des Schutzes der Individualfreiheit willen. Dem Inhalt nach fordert der Bestimmtheitsgrundsatz die objektive Voraussehbarkeit der Möglichkeiten für die Anwendung einer Strafnorm und damit aller der Lebenssachverhalte, die ihrer Strafdrohung unterstellt sind.

3. Die *Rechtsfolge eines unbestimmten Gesetzes* ist seine Unvereinbarkeit mit Art. 103 Abs. II GG, der den Bestimmtheitsgrundsatz verfassungsmäßig verankert, bzw. mit den entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen, soweit Landesrecht betroffen ist. Nachdem Art. 103 Abs. II jedenfalls grundrechtsähnlichen Charakter aufweist[24], sind solche unbestimmten Gesetze *verfassungswidrig* und grundrechtsverletzend[25].

II. Die Grenze der Unbestimmtheit

So klar sich Wesen und Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes begrifflich festlegen lassen und so eindeutig die Rechtsfolge seiner Mißachtung theoretisch ist, so schwierig ist die Abgrenzung von bestimmten und unbestimmten Gesetzen im Einzelfall, so schwierig ist aber auch die durch eine allzu strenge Handhabung des Grundsatzes dem Gesetzgeber aufgebürdete Aufgabe, einerseits die Praktikabilität des Strafrechts zu gewährleisten, ohne andererseits in den Geruch der Verfassungswidrigkeit zu kommen. Im Grunde genommen sind ja die meisten Tatbestandsmerkmale mehr oder minder unbestimmt und in ihren

21 Zu Bestimmtheitsgrundsatz und Gewaltenteilung vgl. Baumann A.T. S. 99.

22 Sax, Grundsätze S. 994.

23 Maunz-Dürig Anm. I, 3 zu Art. 103 Abs. II GG.

24 Art. 103 Abs. II GG steht zwar nicht im Grundrechtskatalog, wird aber doch zumeist als echtes Grundrecht angesehen, vgl. Maunz-Dürig Art. 103 Abs. II Anm. I, 1, a.

25 Vgl. BayVerfGH GVBl 1953 S. 75 ff.

Grenzen und ihrem Umfang mit einem gewissen Unsicherheitskoeffizienten behaftet[26], müssen es aber auch sein, um nicht durch rein formalistische Anwendung die Strafrechtsordnung zu lähmen. Nicht nur normative, auch deskriptive Merkmale können einen solchen Unsicherheitsfaktor aufweisen. Einen Anhaltspunkt für eine Lösung kann deshalb nur das *Maß der Unbestimmtheit* bieten, das eine Strafnorm aufweist, sichere Kriterien zu seiner Abschätzung sind aber bisher noch nicht gefunden worden[27], lassen sich wohl auch nicht feststellen[28]. Dennoch darf deshalb das Bestimmtheitsprinzip nicht völlig als unpraktikabel fallengelassen werden. Seine Schutzfunktion ist zu bedeutsam, als daß mit dem Hinweis auf die Fülle und das Tempo moderner Lebensgestaltung der Generalklausel auch das Strafrecht unbeschränkt eröffnet werden könnte[29].

1. Eine tragfähige Lösung der Abgrenzungsproblematik kann im engen Rahmen dieser Arbeit nur angedeutet werden. Sicher ist jedenfalls, daß es Fälle so *handgreiflicher Unbestimmtheit* gibt, daß eigentlich nicht mehr an der Verfassungswidrigkeit solcher Normen gezweifelt werden kann[30]. So wollte ein bayerisches Gesetz der Nachkriegszeit »Verstöße gegen die öffentliche Ordnung« bestrafen[31], ein anderes »Handeln gegen die Interessen der alliierten Streitkräfte und ihrer Mitglieder«[32]. Daß beide Strafnormen für ein rechtsstaatliches Strafrecht untragbar sind und wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verfassungswidrig waren, ist offenkundig.

Mit diesem Gedanken der Handgreiflichkeit des Verstoßes, der Offenkundigkeit der Verfassungsverletzung scheint auch der Ansatzpunkt für eine generelle Lösung gefunden zu sein. Dabei handelt es sich um nichts anderes als eine Übertragung der im allgemeinen Verwaltungsrecht entwickelten und heute als herrschend angesehenen *Evidenztheorie*[33] auf das Strafrecht. Dort kommt einem Verwaltungsakt Bestandskraft zu, solange seine Fehlerhaftigkeit nicht so unübersehbar und evident ist, daß er auch unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses an der Geltung von Hoheitsakten nur mehr als nichtig

26 So Engisch, Festschrift für Mezger, München 1954, S. 142.
27 Sax, Grundsätze S. 1008; ebenso Warda, Ermessen S. 21.
28 H. Mayer, Gutachten S. 272, schließt ebenfalls die Aufstellung begrifflicher Grundsätze aus.
29 So wohl zu weitgehend Schröder, Gutachten S. 70 f.
30 In diesem Sinne Sax, Grundsätze S. 1008.
31 Vgl. dazu BayVerfGHE 1951 S. 194.
32 BayVerfGH GVBl 1953 S. 75 ff.
33 Vgl. Wolf, Verwaltungsrecht I, München 1961, S. 270.

angesehen werden kann. Hier ist ein Strafgesetz so lange gültig, als nicht der seinen Rechtsbegriffen anhaftende Mangel an Bestimmtheit einen solchen Grad erreicht hat[34], daß seine Aufrechterhaltung unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unerträglich wäre. Wenn die Unbestimmtheit eines Strafgesetzes also so offenkundig und eindeutig ist, daß ein vernünftiger Zweifel daran nicht mehr möglich erscheint, ist das betreffende Strafgesetz verfassungswidrig und ungültig. Dabei sind an die Bestimmtheit durchaus hohe Anforderungen zu stellen[35], andererseits genügt aber auch nicht jeder bei der Auslegung einer Norm verbleibende Zweifelsfall. Erst wenn unter Anwendung aller Auslegungsmittel eine sinnvolle Umgrenzung des Tatbestands offenbar nicht erreicht werden kann[36], ist es zulässig, ein Strafgesetz wegen Unbestimmtheit als ungültig anzusehen.

2. Für das *Verhältnis von strafrechtlicher Generalklausel*[37] *und Bestimmtheitsgrundsatz* ergibt sich daraus folgendes: Nicht jeder bewußt elastisch gehaltene Begriff macht ein Strafgesetz ungültig, nicht jedes weit gefaßte Merkmal ist dem Strafrecht wesensfremd[38]. Die Strafrechtsordnung muß auch praktikabel bleiben, sie muß ihre Aufgabe im Rahmen des Gemeinschaftsschutzes erfüllen können[39]. Ohne derartige weite Begriffe könnte der Gesetzgeber der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen[40]. Mit Maßen und in rechtsstaatlicher Gesinnung verwendet, sind sie für ein funktionierendes Strafrecht unentbehrlich. Erst wenn der jeweils gebrauchte Begriff so inhaltsleer ist, daß er selbst keine Grundlage für die Rechtsprechung mehr bildet, sondern alles dem Richter überläßt[41], erst *wenn offenbar der Gesetzgeber das Schwergewicht der Ausformung von Strafrechtssätzen der Rechtsprechung übertragen hat, ist ein solcher Begriff unzulässig und verfassungswidrig.*

34 So mit Recht Warda, Ermessen S. 21, der diesen Gedanken für das Strafrecht aufgegriffen hat.

35 So H. Mayer, Gutachten S. 273; a. A. BayObLG NJW 1949 S. 188.

36 Vgl. BGH 11, 377.

37 Zum Begriff der Generalklausel allgemein Hedemann, Die Flucht in die Generalklausel, S. 34, S. 67; speziell für das Strafrecht Class S. 122 ff.

38 So aber Drost S. 1255.

39 Schönke-Schröder, 11. Aufl., § 2 Anm. 46.

40 BVerfGE 4, 357 f.

41 Schönke-Schröder aaO.

1. Umgehungsstrafgesetze enthalten, wie oben[42] festgestellt, im Tatbestandsmerkmal »umgehen« einen Begriff von generalklauselartiger Weite und Elastizität. *Soweit der Gesetzgeber nicht selbst eine nähere Ausfüllung dieses Begriffes vorgenommen hat,* bleibt die inhaltliche Präzisierung dem Richter überlasen. Sicher ist eine solche inhaltliche Bestimmung schwierig, kann aber im Hinblick auf den allgemeinen Umgehungsbegriff, von dem der Gesetzgeber offenbar ausgegangen ist, jedenfalls vorgenommen werden. Daß dabei rechtliche Methoden angewandt werden müssen, die im Strafrecht bedenklich sind, nämlich *Analogieschlüsse* zu den umgangenen Normen[43], kann im Rahmen der Bestimmtheitsprüfung außer Betracht bleiben. Die Ausfüllung liegt also ihrem Schwergewicht nach nicht beim rechtsanwendenden Richter, sondern beim Gesetzgeber, der durch Verwendung des Umgehungsbegriffs die wesentlichen Linien der Ausfüllung in Ziel und Methode vorgezeichnet hat. *Die Umgehungsstrafnorm ist also zwar unbestimmt in dem Sinne, daß ein gewisser Unsicherheitsfaktor ihrer Anwendung verbleibt, die Unbestimmtheit ist aber nicht so groß und evident, daß solche Gesetze als unzulässig anzusehen wären.* Eine praktische Überlegung stützt dieses Ergebnis. Gerade das Wirtschaftsstrafrecht, dem alle geltenden Umgehungsstrafnormen angehören, ist ohne weiter gefaßte Begriffe als im speziellen Kriminalstrafrecht nicht zu bewältigen. Die Vielgestaltigkeit seiner Erscheinungen macht generalklauselartige Rechtsgebilde auf allen einschlägigen Rechtsmaterien unentbehrlich[44]. An sie muß dann ein sinnvolles Wirtschaftsstrafrecht anknüpfen können.

2. Für die *Umgehungsstrafgesetze, die der Gesetzgeber selbst näher umreißt*[45], gilt dasselbe. Auch hier ist aus der Natur der Sache die inhaltliche Ausgestaltung ebenfalls nur durch neue weitgespannte Begriffe möglich, um die wirtschaftlichen Zwecke der betreffenden Normen nicht zu gefährden. Jede Kasuistik wäre hier sinnlos und würde im Ergebnis nur zu unvertretbaren Ungerechtigkeiten führen[46]. Andererseits sind diese weiten Begriffe aber nicht so gefaßt, daß sie nicht selbst noch ihre Ausfüllung durch den Richter umreißen würden. So

42 S. 127.
43 Vgl. dazu näher oben S. 128.
44 So vor allem BVerfGE 4, 357, ähnlich Schröder, Gutachten S. 70.
45 §§ 396 Abs. IV RAO, 6 StAnpG; 5 GüKG, 6 PBefG.
46 Vgl. Stree JZ 1963 S. 529.

spricht § 396 Abs. IV RAO von »Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten«, enthält also zwar den vagen Begriff Mißbrauch[47], zeichnet aber doch die Richtung einer inhaltlichen Konkretisierung durch die Festlegung der mißbrauchten Mittel so vor, daß der Schwerpunkt der Entscheidung dem Gesetzgeber verblieben ist. Ähnliches gilt von den Erläuterungen des Gesetzgebers zu § 5 GüKG[48] und § 6 PBefG. Alle diese Bestimmungen erscheinen deshalb strafrechtlich zwar bedenklich, ja sogar im Interesse der Rechtssicherheit gefährlich[49]. Die Evidenz ihrer Unbestimmtheit kann aber nicht angenommen werden. *Unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes sind deshalb die Umgehungsstrafgesetze nicht als ungültig anzusehen.*

§ 19 Umgehungsstrafgesetz und Analogieverbot

I. Das Umgehungsstrafgesetz als Analogienorm

1. Nachdem das Tatbestandsmerkmal »umgehen« im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz im Ergebnis doch nicht die Unzulässigkeit des Umgehungsstrafgesetzes herbeiführt, bleibt nun noch die Frage zu klären, ob sich die Gültigkeit aus der Sicht des anderen, in diesem Zusammenhang wesentlichen Grundsatzes der Parömie »nullum crimen sine lege«, des *Analogieverbots*, ebenfalls bejahen läßt. Dazu wurde oben[50] bereits festgestellt, daß die Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals »umgehen« nur durch einen Analogieschluß zur umgangenen Norm möglich ist. Hier zwingt also der Gesetzgeber den Richter bei der Anwendung des Umgehungsstrafgesetzes zur Neubildung strafrechtlicher Tatbestände für den Einzelfall und *erklärt somit ad-hoc die Analogie im Strafrecht für zulässig.*

Selbstverständlich gilt dies nur, wenn der Gesetzgeber die Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals nicht selbst im Rahmen derselben oder einer anderen Norm besorgt. Daß dann die gesetzgeberische Definition in den Straftatbestand hineininterpretiert werden darf und muß, ohne daß dieser Vorgang etwas mit Analogie zu tun hätte, wurde ebenfalls bereits gesagt[51]. Für die Fälle, in denen der Gesetzgeber die inhaltliche Ausfüllung des Umgehungsbegriffes selbst besorgt hat, kann deshalb

47 So Erbs-Kohlhaas § 396 RAO Anm. 3.
48 Hierzu zweifelnd OLG Hamburg JR 1963 S. 309, allerdings ohne Begründung.
49 v. Gamm S. 260.
50 S. 128.
51 Oben S. 123.

das Problem einer Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot nicht auftreten. Hier greift, wenn diese Begriffsbestimmung, wie in der Regel, weit und elastisch gefaßt ist, speziell der Bestimmtheitsgrundsatz ein und entscheidet allein über die Zulässigkeit der Ausfüllungsnorm. *Für den Normalfall des Umgehungsstrafgesetzes hängt aber seine Gültigkeit von der Vereinbarkeit der ad-hoc erlaubten Analogie mit dem strafrechtlichen Analogieverbot ab.*

Der Inhalt des Analogieverbotes wurde an früherer Stelle[52] dahin erläutert, daß Analogie als rechtliches Schlußverfahren, als Mittel der Ausweitung vorhandener und Schaffung neuer strafrechtlicher Tatbestände sowie zur Schärfung bestehender Strafen im Strafrecht grundsätzlich ausgeschlossen sei[53]. Um eine unzulässige Ausweitung der Umgehungsstrafnorm in dem sonst üblichen Sinne, daß ihr Auslegungsbereich überschritten würde, handelt es sich bei den hier notwendigen analogen Rechtserwägungen allerdings nicht. Denn dem Wortlaut nach deckt der in ihr enthaltene Begriff »umgehen« selbstverständlich noch alle auf dem angegebenen Wege zu seiner Ausfüllung gefundenen Tatbestände. *Die Analogie betrifft in diesem Falle gar nicht die Umgehungsstrafnorm selbst, sondern die umgangene Norm. Die Überschreitung ihrer tatbestandlichen Grenzen hat der Gesetzgeber durch die Schaffung der Umgehungsstrafnorm angeordnet.* Denn er faßte die Umgehungsstrafnorm so, daß sie Tatbestände mit Strafe bedroht, die nur durch Analogie zur umgangenen Norm gefunden werden können. Dies wurde für das Verhältnis gesetzesumgehenden Verhaltens zur umgangenen Norm an früherer Stelle bereits ausführlich begründet[54].

Damals wurde das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung als Rechtssatz verstanden, der besagt, auch im Strafrecht dürfe gesetzesumgehenden Handlungen im Wege der Analogie zur umgangenen Norm entgegengetreten werden. Hier hat der Gesetzgeber selbst positiv im Umgehungsstrafgesetz den gleichen Rechtssatz aufgestellt und die Strafbarkeit der gesetzesumgehenden Handlung nach der umgangenen Norm angeordnet. Während dort das Problem war, ob die *Rechtsprechung* einen solchen Rechtssatz in Form eines Rechtsinstituts schaffen darf, geht es nun darum, ob der *Gesetzgeber* in bestimmten Fällen die Analogie durch eine positive Norm zulassen kann. Diese Parallelität der Fragestellung muß erkannt werden, ehe es möglich ist, eine Aussage über die Gültigkeit der Umgehungsstrafnorm zu machen. Die

52 Vgl. oben S. 96.
53 Schönke-Schröder § 2 Anm. 8.
54 Oben S. 99.

Umgehungsstrafnorm ist eben *kein Strafgesetz im landläufigen Sinne*, sondern hat zugleich die Funktion einer *Analogienorm*, eines Rechtssatzes also, der im Einzelfall Analogie im Strafrecht zuläßt.

2. a) Mit der Schaffung einer solchen Analogienorm hat der Gesetzgeber im Ergebnis die Möglichkeit, *das Analogieverbot* seinerseits für einzelne Strafrechtsbereiche *zu umgehen*, denn er könnte durch die Rechtsprechung Ziele erreichen lassen, die sonst der staatlichen Strafgewalt verbaut wären, ohne dabei mit der »umgangenen Norm«, dem Analogieverbot, in Konflikt zu geraten. Es läge deshalb nahe, die allgemeinen Grundsätze der Gesetzesumgehung, die sich schon für das Verhalten von Rechtsprechungsorganen als anwendbar erwiesen, auch auf Maßnahmen des Gesetzgebers zu übertragen. Dies scheitert jedoch daran, daß der Gesetzgeber im Vergleich zu allen anderen Staatsorganen eine Sonderstellung einnimmt. Während sie alle unter dem positiven Normensystem stehen, ragt der Gesetzgeber darüber hinaus. Selbst in bezug auf die Verfassung besteht kein einseitiges Unterworfensein, sondern eine weitgehende gegenseitige Abhängigkeit. Nur im Unterordnungsverhältnis unter eine Norm ist aber ihre Umgehung logisch denkbar. *Für den Gesetzgeber sind die Grundsätze des Umgehungsgedankens demnach unanwendbar.*

b) Die Frage der Gültigkeit der Analogienorm bleibt deshalb ein reines *Problem der Rechtsgeltung, der Kollision von Normen* gleichen oder verschiedenen Ranges, und ist nach den Grundsätzen dieses Rechtsbereichs zu lösen. Alle Umgehungsstrafgesetze kollidieren als Analogienormen im obigen Sinne mit den beiden positiven Verkörperungen des Analogieverbots, nämlich § 2 Abs. I StGB einerseits, Art. 103 Abs. II GG andererseits.

II. Die Lösung der Normenkollision

Die Probleme dieser Normenkollision wurden bisher für Umgehungsstrafnormen im eigentlichen Sinne, soweit ersichtlich, noch niemals angeschnitten. Solange noch § 2 n. F. die Analogie zu Lasten des Täters unter bestimmten Voraussetzungen zuließ, bestand dazu auch kein weiterer Anlaß, denn daß eine Bestrafung von Umgehungshandlungen sowohl dem gesunden Volksempfinden als auch dem Grundgedanken der umgangenen Gesetze entspricht, braucht nicht näher dargelegt zu werden. Anders aber, seit Art. 103 Abs. II GG[55] sowie § 2 StGB in der

55 Vom 23. 5. 1949 (BGBl S. 1).

heute geltenden Fassung[56] den Grundsatz »nullum crimen sine lege« mit allen seinen Ausprägungen erneut positiv niederlegten. Dennoch findet sich in Literatur und Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt[57] keine Äußerung über die Gültigkeit der echten Umgehungsstrafnormen, wahrscheinlich deshalb, weil die grundsätzliche Fragestellung hinsichtlich dieser besonderen Art von Gesetzen überhaupt nicht erkannt wurde.

1. Dagegen sind die Probleme der ad-hoc-Analogie im Zusammenhang mit einigen *verschleierten Umgehungsnormen* einmal angesprochen worden, nachdem ja in diesem Bereich durch die häufige Verwendung von Formulierungen wie »ähnlicher Eingriff« oder »ähnliche Handlung«[58] die Kollision mit dem Analogieverbot offener zutage liegt. *Jescheck*[59] hat sich während der Beratung der Bestimmungen des Entwurfs zu den gemeingefährlichen Handlungen gegen solche verschleierten Umgehungsbestimmungen gewandt und die Ansicht vertreten, *schon § 315 StGB ließe sich im Grunde gar nicht mit den Prinzipien unseres Strafrechts vereinbaren.* Wenn man ein Tatbestandsstrafrecht habe, das auf dem Prinzip der gesetzlichen Bestimmtheit, der materialen Beschreibung des verbotenen Verhaltens beruhe, so könne man nicht plötzlich Analogie in die Tatbestände hineinbringen und sagen, der »ähnliche Eingriff« genüge auch. Diese und gleichartige Formulierungen hält Jescheck für keine inhaltliche Beschreibung der Merkmale des Verbotenseins einer Tat, sondern für verbotene Analogie. Wollte man solche Bestimmungen einführen, so müßte man § 1 des Entwurfs[60] und Art. 103 Abs. II GG ändern. In der anschließenden Diskussion wurde noch unterstützend vorgebracht[61], wenn der Gesetzgeber diese Klausel wähle, weil er sich wegen der Vielzahl möglicher Eingriffe diese im einzelnen gar nicht vorstellen könne, so bestrafe er etwas, was er nicht kenne. Das aber sei bedenklich und komme einer Analogie mindestens nahe. Die Mehrheit der Kommission billigte aber diese Formulierungen[62] aus praktischen Erwägungen. Die Vielzahl möglicher, strafwürdiger Eingriffe, insbesondere die sich ständig wandelnde Technik mache es unmöglich, die Tathandlungen konkret zu umschreiben, ohne daß gefährliche Lücken entstehen müßten. Der Schutz der Allgemeinheit müsse

56 Neugefaßt durch Gesetz v. 4. 8. 1953 (BGBl I S. 735).

57 Die sonst geäußerten Zweifel betreffen die tatbestandliche Unbestimmtheit der Umgehungsnorm, vgl. neuestens OLG Hamburg JR 1963 S. 309.

58 Vgl. etwa § 315 StGB, § 42 Atomgesetz.

59 Niederschriften Bd. 9 S. 268; die Meinung wird in späteren Beratungen erstaunlicherweise nicht weiter vertreten.

60 Der § 2 StGB inhaltlich entspricht.

61 Von Dünnebier Niederschriften Bd. 9 S. 268.

62 §§ 326, 342 E 1962.

im Bereich dieser höchst gefährlichen Verbrechen dem Interesse an klarer tatbestandlicher Abgrenzung vorgehen[63].

2. Diesen Argumenten kann jedoch nicht gefolgt werden, vielmehr erweist sich die Ansicht Jeschecks im Ergebnis als richtig. Zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen muß jedoch im einzelnen zwischen einem Verstoß gegen § 2 StGB bzw. Art. 103 Abs. II GG sowie zwischen Gesetzen aus der Zeit vor und nach Erlaß dieser beiden Kollisionsnormen unterschieden werden.

a) *Mit § 2 StGB* sind Umgehungsstrafgesetze im eigentlichen Sinne, die bei Neueinführung der gegenwärtigen Fassung galten, dann unvereinbar, wenn es der Sinn dieser Vorschrift war, Analogie generell auszuschließen, auch bei einzelgesetzlicher, früherer Zulassung. Nach seinem in geschichtlicher Entwicklung gewonnenen Sinn und Inhalt muß aber das in § 2 StGB verkörperte Analogieverbot dahin verstanden werden, *daß jegliche Analogie zu Lasten des Täters ausgeschlossen sein sollte*[64]. Alle damals *bestehenden Analogienormen* sind deshalb stillschweigend durch das Änderungsgesetz vom 4. 8. 1953 *aufgehoben worden. Später erlassene Normen* dieser Art wären im Hinblick auf § 2 StGB aber *gültig*, denn der Strafgesetzgeber kann insoweit durchaus einzelgesetzlich vom Grundsatz des Analogieverbots abweichen. Die lex posterior bzw. lex specialis geht § 2 StGB dann nach allgemeinen Grundsätzen vor.

b) Anders ist die Rechtslage aber *bezüglich Art. 103 Abs. II GG*, der § 2 StGB verfassungsrechtlich überlagert[65] und der dem Analogieverbot jedenfalls grundrechtsgleiches Wesen verleiht. Während die dieser Vorschrift ähnliche Bestimmung der Weimarer Verfassung[66] lediglich Programmcharakter besaß[67], ist Art. 103 Abs. II GG unmittelbar geltendes Recht[68]. Recht, das ihr widersprach, trat deshalb mit dem Zeitpunkt des Zusammentritts des Bundestags nach Art. 123 Abs. I GG außer Kraft[69]. Nachdem inhaltlich Art. 103 Abs. II GG aber mit § 2 StGB übereinstimmt, stellten *vorkonstitutionelle Umgehungsgesetze*

63 So ausdrücklich Schafheutle Niederschriften Bd. 9 S. 268 bezüglich des jetzigen § 42 AtomG; ähnlich S. 320 f.

64 Vgl. Schönke-Schröder § 2 Anm. 4, 8.

65 Ob § 2 neben Art. 103 Abs. II GG überhaupt noch Bedeutung hat, wird nicht einheitlich beurteilt, vgl. etwa Mayer, Gutachten S. 267.

66 Art. 116 WV.

67 Dazu näher Maunz-Dürig Art. 1 Abs. III Randnotiz 104.

68 Ausdrücklich in Art. 1 Abs. III geregelt; die Frage, ob sich dies auch auf Grundrechte außerhalb des Katalogs bezieht, ist zu bejahen; vgl. näher Maunz-Dürig Art. 103 Abs. II Anm. I 1 c.

69 Zur Fortgeltungsfrage vgl. Maunz S. 202 ff.

echter oder verschleierter Art einen Verstoß gegen das auch in dieser Bestimmung verbürgte Analogieverbot dar und verloren ihre Gültigkeit[70]. *Aus dem gleichen Grunde verstoßen alle nachkonstitutionellen Umgehungsstrafgesetze ebenfalls gegen Art. 103 Abs. II GG und sind deshalb verfassungswidrig.* Der Rechtsgrundsatz von der abändernden Wirkung der lex posterior kann, anders als bei § 2 StGB, hier nicht helfen. Denn der Strafgesetzgeber wäre nur unter den besonderen Voraussetzungen und Mehrheitsverhältnissen des Art. 79 GG in der Lage, eine Bestimmung der Verfassung zu ändern oder zu durchbrechen[71].

Die *Feststellung der Verfassungswidrigkeit* solcher nachkonstitutioneller Umgehungsstrafgesetze hat Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht ausschließlich übertragen. Strafgerichte, die derartige Gesetze für verfassungswidrig halten, sind zur Vorlage an dieses Gericht verpflichtet. Bisher ist eine solche Vorlage noch nicht erfolgt.

III. Ergebnis

Unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen das grundgesetzlich verbürgte Analogieverbot sind somit alle echten Umgehungsgesetze verfassungswidrig, in denen der Gesetzgeber nicht selbst die der Umgehungsstrafnorm unterfallenden Tathandlungen näher umschreibt. *Ebenso sind verfassungswidrig alle verschleierten Umgehungsnormen,* die dem Richter ausdrücklich eine Tathandlungsbestimmung durch Analogie auferlegen[72]. Praktische, rechtspolitische und gesetzestechnische Erwägungen können gegenüber diesem klaren Verfassungsverstoß keine Bedeutung gewinnen[73]. Die im Rahmen der Kommissionsberatungen vorgebrachten Argumente mögen noch so berechtigt erscheinen, sie lassen aber die formale Verfassungsrechtslage außer Betracht.

1. Von den gegenwärtig angewandten Umgehungsstrafbestimmungen sind deshalb insoweit *gültig* §§ 396 Abs. IV, 402 Abs. II RAO, sowie § 5 GüKG, § 6 PBefG bezüglich der vom Gesetzgeber angegebenen Beispiele, denn hier füllt der Gesetzgeber selbst den Begriff »umgehen« inhaltlich aus. *Bedenklich* sind § 38 Abs. II S. 2 GWB, §§ 6 Abs. II, 8 Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz sowie § 27 Abs. I, 4 Postgesetz, denn sie sind ganz ohne Analogieerwägungen nur schwer konkretisierbar.

70 Vgl. Maunz S. 250; BVerfGE 2, 124; 4, 331.
71 Dazu näher Maunz S. 205 f.; Schönke-Schröder § 2 Anm. 59.
72 Vgl. Schönke-Schröder § 2 Anm. 60.
73 a. A. etwa Schafheutle Niederschriften Bd. 9 S. 320.

Ungültig sind dagegen § 5 GüKG, § 6 PBefG insoweit, als sie über den Rahmen der positiv aufgezählten Umgehungsfälle hinaus Umgehungen allgemein im Zusammenwirken mit den einschlägigen Strafbestimmungen erfassen wollen, denn hier lassen sich die strafbaren Fälle nur durch Analogie feststellen.

Bei den verschleierten Umgehungsstrafnormen sind lediglich die besonderen Analogieklauseln als verfassungswidrig anzusehen und ungültig, die Normen in ihren übrigen Bestandteilen dagegen gültig, denn nach den Grundsätzen verfassungskonformer Auslegung[74] sind die Normreste, für sich gesehen, noch durchaus sinnvoll und bleiben deshalb erhalten[75].

2. *Für den Gesetzgeber der Zukunft, insbesondere des Entwurfs,* ergibt sich aus dem bisher Gesagten, daß ohne Änderung des Art. 103 Abs. II GG *Umgehungsstrafgesetze* direkter und verschleierter Art unhaltbar sind und *gültig nicht erlassen werden können,* es sei denn, der Gesetzgeber füllt ihre Begriffe im Rahmen der einzelnen Gesetze so aus, daß Analogie überflüssig wird und daß auch dem Bestimmtheitsgrundsatz Genüge getan ist. Die Frage, ob wegen dieser Unmöglichkeit der Erfassung besonders strafwürdiger atypischer Handlungen das Analogieverbot geändert oder ganz aufgehoben werden sollte, ist letztlich politischer Natur. Dem Gedanken des freiheitlichen Rechtsstaats scheint die geltende Regelung besser zu entsprechen, auch wenn deshalb absolute Gerechtigkeit im Einzelfall ausbleiben muß.

74 Zur verfassungskonformen Auslegung vgl. BVerfGE 2, 266; 8, 28; Maunz S. 113, 253.

75 In den Fällen der §§ 137 bzw. 259 StGB, vgl. dazu oben S. 121 Anm. 31, wird man jedoch schon das Vorliegen einer Analogieklausel verneinen müssen, denn der Schwerpunkt liegt hier auf den konkreten, auslegungsfähigen Begriffen des Ansichbringen bzw. des Entziehens, die auch ohne Analogie ausgefüllt werden können.

Schlußbetrachtung

Überblickt man noch einmal das Phänomen Gesetzesumgehung und seine Behandlung im Strafrecht, so läßt sich feststellen, daß zwar seine theoretische Einordnung in das strafrechtsdogmatische Lehrgebäude durchaus möglich ist, daß aber die praktischen Ergebnisse der Untersuchung dennoch nicht immer dem Rechtsgefühl entsprechen, dem die Strafbarkeit gesetzesumgehenden Verhaltens ebenso selbstverständlich wie notwendig erscheint.

Begrifflich wurde »Gesetzesumgehung« durch deduktiven Vergleich von Definitionen aus anderen, mit dem gleichen Problem ringenden Rechtsbereichen und durch induktive Auswertung von Fällen und Fallgruppen aus dem Strafrecht, in denen der Gedanke der Gesetzesumgehung mittelbar oder unmittelbar eine Rolle gespielt hat, als ein Verhalten gekennzeichnet, das bewußt und gewollt den Tatbestand einer strafbegründenden Norm künstlich vermeidet bzw. die objektiven Voraussetzungen einer strafausschließenden Norm künstlich erschleicht und dabei jeweils dem Sinn der betreffenden Norm zuwiderhandelt. Als Gegenstand des Umgehungsgedankens im Strafrecht ergab sich nun, solches Verhalten seinem wahren Wert entsprechend in das strafrechtliche Normensystem einzuordnen. Dazu bot sich als rechtlicher Weg für tatbestandsvermeidendes Handeln die Gleichstellung mit der Tatbestandserfüllung, für »tatbestands«-erschleichendes Verhalten die Unbeachtlicherklärung.

Seine Rechtfertigung erhielt dieses zweispurige rechtliche Vorgehen aus der kriminalpolitischen Gefährlichkeit der Gesetzesumgehung für den Bestand und die Durchsetzbarkeit der Rechtsordnung einerseits, aus der Strafwürdigkeit gesetzesumgehenden Verhaltens unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit andererseits.

Zwei praktische Wege wurden dann zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung im Strafrecht herausgearbeitet, die parallel zum gleichen Ziele führen, einmal das allgemeine Rechtsinstitut Gesetzesumgehung, das als Entwicklung von Rechtsprechung und Rechtslehre die Gleichstellung oder Unbeachtlichkeit gesetzesumgehenden Verhaltens anordnet, zum anderen das Umgehungsstrafgesetz, durch das der Gesetzgeber positiv selbst die gleiche Wirkung bestimmen kann.

Der Blick in die Geschichte des Umgehungsgedankens ließ erkennen, daß diese Parallelität in den Wegen zur Umgehungsbekämpfung schon

in alten Zeiten erkannt wurde. Im Laufe der Entwicklung trat dabei immer deutlicher das strafrechtliche Analogieverbot in seiner letztlich entscheidenden Bedeutung für den Umgehungsgedanken im Strafrecht hervor, und es wurde klar, daß hier der Angelpunkt seiner dogmatischen Bewältigung liegen mußte, und zwar für beide funktionsgleichen, wenn auch wesensverschiedenen Wege.

Auf den bisher gewonnenen begrifflichen, rechtstheoretischen und geschichtlichen Grundlagen aufbauend, mußte im weiteren Verlaufe der Arbeit die dogmatische Bewältigung der beiden aufgezeigten Bekämpfungsmethoden erfolgen.

Den ersten Weg, das allgemeine Rechtsinstitut Gesetzesumgehung, galt es zunächst in seiner Funktion als strafbegründender oder strafschärfender Rechtssatz näher zu bestimmen und in Beziehung zu setzen zu zwei Normen, zur umgangenen Norm einerseits, zur »Umgehungsnorm« andererseits, das heißt zu dem Rechtssatz, der anscheinend die Straflosigkeit des Umgehungstäters gewährleistet. Das Verhältnis gesetzesumgehenden Verhaltens zur umgangenen Norm ergab sich dabei dahin, daß – vom Sonderfall der Umgehung von strafausschließenden Normen abgesehen – echte, geglückte Gesetzesumgehung immer außerhalb des zulässigen Auslegungsbereichs der umgangenen Norm liegt, wenn man am teleologisch verstandenen Wortsinn als Auslegungsgrenze festhält. Umgekehrt bleibt das gesetzesumgehende Verhalten immer innerhalb des Auslegungsbereichs der »Umgehungsnorm«, verstößt aber gegen ihren Zweck, ja beinhaltet einen Mißbrauch dieser Norm. Die Rechtsordnung erwies sich also als lückenhaft, die für gesetzesumgehendes Verhalten angemessene Norm, die umgangene Norm, zeigte sich als nicht anwendbar, die anwendbare Norm dagegen, die »Umgehungsnorm«, als nicht angemessen. Die Ausfüllung dieser Lücke kann nur durch Analogieerwägungen zur umgangenen Norm erfolgen, denn deren Auslegung erreicht das gesetzesumgehende Verhalten ja nicht mehr.

Damit ergab sich für die Zulässigkeit des Rechtsinstituts eine dreifache Fragestellung. Die vorliegende Gesetzeslücke muß der Ausfüllung durch den Richter offenstehen, die Ausfüllung durch Analogie muß zulässig sein, und der Täter darf sich demgegenüber nicht auf die »Umgehungsnorm« berufen dürfen. Die Antwort lautet, daß nur ungewollte Lücken der Strafrechtsordnung der Anwendung des Rechtsinstituts offenstehen und nur, soweit das strafrechtliche Analogieverbot nicht reicht. Daß der Berufung auf das Analogieverbot ein gewisser mißbräuchlicher Charakter innewohnt, beeinflußt wegen der absoluten Bedeutung dieses Grundsatzes seine Geltung auch für gesetzesumgehen-

des Verhalten nicht. Damit muß das Ergebnis auf Tatbestandsebene und im Strafanwendungsrecht, wo das Analogieverbot uneingeschränkt gilt, dahin zusammengefaßt werden, daß das Rechtsinstitut Gesetzesumgehung unzulässig ist. Die anderen Strafrechtsbereiche stehen ihm dagegen offen.

Der weitere mögliche Weg, das Umgehungsstrafgesetz, ordnet die Sanktion des allgemeinen Rechtsinstituts auf gesetzlicher Basis an und knüpft dabei an bestimmte Normen oder Normgruppen des positiven, hauptsächlich des Nebenstrafrechts an. An die Stelle der allgemeinen »Umgehungsnorm«, die die Straflosigkeit des Umgehungstäters garantieren würde, setzt der Gesetzgeber als spezielle Umgehungsnorm ein Umgehungsstrafgesetz. Der Gesetzgeber kann dabei den Begriff »umgehen«, der unmittelbar oder mittelbar Bestandteil aller derartiger Normen ist, selbst inhaltlich bestimmen. In diesem Fall kommt es für die Gültigkeit des betreffenden Umgehungsstrafgesetzes nur noch darauf an, ob die vom Gesetzgeber geschaffene inhaltliche Umschreibung den an eine Strafnorm zu stellenden Anforderungen entspricht. Insoweit besteht kein Unterschied zum normalen Strafgesetz. Anders, wenn eine inhaltliche Ausfüllung fehlt; dann entscheidet über die Zulässigkeit des Gesetzes das Ob und das Wie der Ergänzung durch den Richter. Das Tatbestandsmerkmal »umgehen« wurde in der Folge als sehr weiter, generalklauselartiger Begriff erkannt, der aber dennoch ausfüllbar ist, wenn auch nur durch analoge Erwägungen zur umgangenen Norm. Gegen den Bestimmtheitsgrundsatz als Ausprägung des Satzes »nullum crimen sine lege« verstoßen Umgehungsgesetze deshalb noch nicht, denn jedenfalls ist ihre Unbestimmtheit nicht evident und nur solche Evidenz macht eine Norm verfassungswidrig. Nachdem aber analoge Erwägungen zur Ausfüllung von Umgehungsstrafgesetzen dieser Art unumgänglich sind, müßte es zulässig sein, daß der Gesetzgeber im Strafrecht eine ad-hoc-Analogie dem Richter vorschreibt. Hier kollidiert das Umgehungsstrafgesetz mit den positiven Verkörperungen des strafrechtlichen Analogieverbots, mit § 2 StGB und Art. 103 Abs. II GG. Während sich der Strafgesetzgeber über § 2 StGB hinwegsetzen kann, gibt Art. 103 Abs. II GG nur dem Verfassungsgesetzgeber die Befugnis, im Wege der Verfassungsänderung das Analogieverbot für den Einzelfall außer Kraft zu setzen. Daher sind im Ergebnis alle die Umgehungsstrafgesetze verfassungswidrig, die der Strafgesetzgeber nicht selbst hinreichend ausgefüllt hat.

Somit haben sich alle bisher begangenen Wege zu einer Bestrafung gesetzesumgehenden Verhaltens als nicht brauchbar, weil aus rechtlichen

Gründen unhaltbar erwiesen. Das allgemeine Rechtsinstitut Gesetzesumgehung scheiterte jedenfalls auf Tatbestandsebene und im Strafanwendungsrecht an der Tatsache, daß seine tatbestandserweiternde Funktion zu Lasten des Beschuldigten gegen das die Rechtsanwendung bindende Analogieverbot verstieß. Das Umgehungsstrafgesetz dagegen erwies sich als unvereinbar mit derselben Ausprägung des strafrechtlichen Grundprinzips »nullum crimen, nulla poena sine lege«, weil es in der verfassungsmäßig gewonnenen Gestalt auch der Tätigkeit des einfachen Strafgesetzgebers eine unübersteigbare Schranke setzte.

Die einzige, nun noch verbleibende Möglichkeit zur Umgehungsbekämpfung ist das relativ unumgehbare Strafgesetz[1] in der oben erwähnten Form, daß der Gesetzgeber zwar mit dem allgemeinen Umgehungsbegriff noch arbeitet, aber im einzelnen darlegt, was er darunter verstanden haben will[2]. Die andere, immer wieder angeregte Möglichkeit ist die einer jährlichen Revision besonders umgehungsgefährdeter Strafgesetze, vor allem des Wirtschaftsstrafrechts. Gerade das ausländische Strafrecht[3] versucht auf diesem Wege, das Analogieverbot zu erhalten und doch extrem strafwürdige Fälle nicht straflos zu lassen, jedenfalls nicht auf die Dauer. Obwohl unverkennbar ist, daß dieses System für die Vergangenheit keinen, für die Zukunft nur einen beschränkt wirksamen Schutz vor Umgehungen mit den Mitteln des Strafrechts bieten kann, erscheint ein solches Vorgehen doch ebenso zweckmäßig wie rechtsstaatlich unbedenklich. Außerdem pflegen die hauptsächlich betroffenen Wirtschaftsgesetze ohnehin vergleichsweise häufig geändert zu werden, so daß die Anpassung an zwischenzeitlich aufgetretene Schleichwege auch keinen besonderen zusätzlichen Arbeitsaufwand des Gesetzgebers bedingen würde.

Stellt man schließlich das Problem der Gesetzesumgehung in den großen Rahmen zurück, aus dem es in dieser Arbeit herausgegriffen wurde, nämlich in den Problemkreis der dogmatischen Angleichung gegenständlich divergierender Rechtsgebiete im allgemeinen sowie der Übernahme zivilrechtlicher, den Gerechtigkeitsgedanken und die Abwendung vom Positivismus repräsentierender Rechtsinstitute in das öffentliche Recht im besonderen, so bleibt als Ergebnis, daß das Strafrecht wegen seiner speziellen Natur und Aufgabe im Rahmen der

1 Daß ein absolut unumgehbares Gesetz rechtstechnisch unmöglich ist, wurde näher dargelegt oben S. 48 f.

2 Wie etwa in § 6 StAnpG.

3 Vgl. etwa Ligeropuolo S. 326; ähnlich befürwortet Mannheim »a complete revision of the main body of criminal law at regular intervals«.

menschlichen Gemeinschaftsordnung eine Ausnahmestellung einnimmt, wohl generell einnehmen muß. So weit und so gerne es sich dem Gedanken von Treu und Glauben in seinen Ausprägungen sonst auch öffnet, der strafrechtliche Tatbestand hat eine formale – man mag ruhig sagen formalistische – Sonderstellung und soll sie im Interesse der Rechtssicherheit und des Schutzes vor staatlicher Willkür auch behalten. Der Grundsatz »nullum crimen, nulla poena sine lege« setzt hier jeder Aufweichung, auch wenn sie im Gewande der Gerechtigkeit erscheint, ein letztes unüberwindbares Bollwerk entgegen.

Strafrecht Strafverfahren Kriminologie

Eine Schriftenreihe, herausgegeben von Senatspräsident Professor Dr. Heinitz und Professor Dr. Kielwein

Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren. *Von Landesgerichtspräsident i. R. Dr. Hubert Schorn. Band 1.*

Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt. *Von Bundesanwalt Dr. Max Kohlhaas. Band 2.*

Problematik des Verschlechterungsverbotes im Hinblick auf die besonderen Maßnahmen des Jugendrechts. *Von Erster Staatsanwalt Dr. Gerhard Grethlein. Band 3.*

Ursprung und Wandlungen des Schuldbegriffs. Ein Beitrag der psychologischen Anthropologie des Rechtsdenkens. *Von Oberregierungsrat Dr. phil. Gustav Nass. Band 4.*

Die Praxis des Steuerstrafrechts. *Von Amtsgerichtsrat Walter Buschmann. Band 5.*

Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht. *Von Dr. Max Hirschberg. Band 6.*

Grundgesetz und Strafgesetzgebung. *Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Andreas Hamann. Band 7.*

Die Kindesmißhandlung in strafrechtlicher, kriminologischer und gerichtsmedizinischer Sicht. *Von Dr. Wolfgang Ullrich. Band 8.*

Der Giftmord. Tat, Täter, Opfer. *Von Staatsanwalt Dr. Claus Unruh. Band 9.*

Bewußtsein und Vorsatz. *Von Professor Dr. med. Joachim Gerchow und Dr. jur. Dr. med. Günter Schewe. Band 10.*

Der Mordbrand. *Von Professor Dr. Hans von Hentig. Band 11.*

Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung. *Von Dr. Jürgen Ambrosius. Band 12.*

Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe. *Von Dr. Heinz Zipf. Band 14.*

Verfassungsgefährdung und Gefährdungsabsicht. *Der Absichtsbegriff bei Staatsgefährdungsdelikten. Von Dr. Martin Bennhold. Band 15.*

Die kriminologische Beurteilung sexueller Tötungsdelikte. *Von Oberregierungsrat Dr. Gustav Nass. Band 16.*

Luchterhand